

第0部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第0部	もくじ	1
第1部	憲法	6
第1編	憲法総論	6
第1章	憲法総論	6
第1節	憲法と立憲主義	6
第1款	憲法とは何か	6
第2款	立憲主義の展開	6
第3款	憲法の法源と効力	7
第2節	憲法の変動と保障	11
第1款	憲法変動	11
第2款	憲法保障	11
第2章	日本憲法史	12
第1節	大日本帝国憲法と日本国憲法	12
第1款	明治憲法の法律等の扱い	12
第3章	平和主義	14
第4章	国民主権と天皇制	18
第1節	国民主権	18
第1款	国民主権	18
第2節	天皇制	19
第1款	天皇の地位（1,2,8,88条）	19
第2款	天皇の権能（3～7条）	20
第2編	人権総論	22
第1章	基本的人権総論	22
第1節	基本的人権の内容	22
第1款	基本的人権の性質	22
第2款	基本的人権の分類	22
第3款	基本的人権の主体	22
第2節	基本的人権の限界	29
第1款	公共の福祉による制約	29
第2款	特別権力関係論	30
第3款	私人間効力論	37

第2章	包括的基本権	43
第1節	生命・自由・幸福追求権（13条）	43
第1款	生命・自由・幸福追求権	43
第2節	法の下での平等（14条）	50
第1款	法の下での平等	50
第2款	貴族制度の禁止	53
第3款	栄典に伴う特権の禁止	53
第3節	両性の平等（14,24条）	54
第1款	婚姻における両性の平等	54
第2款	性別による差別の禁止	56
第3款	国籍法と性差別	58
第3章	精神的自由権	60
第1節	精神的自由権総論	60
第1款	総論	60
第2節	思想・良心の自由（19条）	60
第1款	内心の自由	60
第3節	表現の自由（21条）	62
第1款	表現の自由と違憲審査基準	62
第2款	文面審査	62
第3款	デモ行進	66
第4款	煽動・教唆	66
第5款	選挙	67
第6款	報道・取材の自由	69
第7款	名誉棄損・プライバシーの侵害との調整	73
第8款	わいせつ的表現	76
第9款	営利的表現	78
第10款	内容中立的規制	79
第11款	知る権利	81
第4節	集会・結社・通信（21条）	83
第1款	集会結社の自由	83
第2款	通信の秘密	85
第5節	信教の自由（20,89条）	86
第1款	信教の自由	86
第2款	個人の信教の自由	86
第3款	政教分離	87
第4款	信教の自由の諸問題	93

第6節	学問の自由 (23条)	96
第1款	学問の自由	96
第4章	経済的自由権	97
第1節	財産権・行使の自由 (22・29条)	97
第1款	経済的自由権総論	97
第2款	職業選択の自由 (22条)	97
第3款	財産権と規制 (29条1,2項)	102
第4款	収用と補償 (29条3項)	104
第2節	移動の自由 (22条)	107
第1款	居住・移転の自由 (22条1項)	107
第2款	外国移住・海外渡航の自由 (22条2項)	107
第3款	国籍離脱の自由 (22条2項)	107
第5章	社会権	108
第1節	生存権 (25条)	108
第1款	生存権	108
第2節	教育の権利 (26条)	114
第1款	教育の権利	114
第2款	教育の機会均等	114
第3款	教育の自由	115
第3節	勤労の権利・労働基本権 (27・28条)	118
第1款	勤労の権利 (27条)	118
第2款	労働基本権 (28条)	118
第3款	公務員の労働基本権	119
第6章	身体的自由権と手続的権利	122
第1節	身体の自由	122
第1款	奴隷的拘束の禁止・苦役からの自由 (18条)	122
第2款	拷問・残虐刑の禁止 (36条)	123
第3款	遡及処罰の禁止 (39条前段)	124
第2節	刑事手続き上の権利	125
第1款	法律主義 (31条)	125
第2款	令状による逮捕の原則 (33条)	127
第3款	不当な抑留・拘禁からの自由 (34条)	128
第4款	住居の不可侵 (35条)	130
第5款	被告人の権利 (37,32条)	132
第6款	黙秘権と自白法則 (38条)	136
第7款	一事不再理 (39条後段)	138

第8款	刑事補償請求権（40条）	139
第9款	非刑事的手続への適用（31,35,38条）	140
第7章	国務請求権と参政権	144
第1節	国務請求権	144
第1款	請願権（16条）	144
第2款	裁判を受ける権利（32条）	145
第3款	国家賠償請求権（17条）	148
第2節	参政権	151
第1款	参政権（15,16条）	151
第2款	選挙権（15,44条）	153
第3款	議員定数不均衡訴訟	159
第3編	統治機構論	166
第1章	国会	166
第1節	権力分立	166
第1款	思想的系譜	166
第2款	現代の特徴	166
第2節	国会の性格と地位	167
第1款	国民の代表機関（前文,43条1項）	167
第2款	国権の最高機関（41条前段）	167
第3款	唯一の立法機関（41条後段,59条1項）	168
第3節	国会の組織と選出	169
第1款	二院制（42,48,59-2~4,60,61,67-2,69条）	169
第2款	選挙制度（43-2,45~47,54-1）	170
第3款	政党	171
第4節	議員の地位と特権	173
第1款	議員の地位と権能	173
第2款	特権(49-51条)	174
第5節	国会の活動	177
第1款	会期（52-54条）	177
第2款	審議・表決（56,57,63条）	178
第6節	国会と議院の権能	179
第1款	国会の権能（61,64条）	179
第2款	議院の権能（50,55,58,62条）	180
第2章	内閣	181
第1節	内閣の性格・組織	181
第1款	内閣の性格と地位	181

第2款	行政権とその帰属 (65条)	181
第3款	内閣の組織 (66-1,2,67-1,68~71条)	182
第2節	内閣の権限と責任	185
第1款	内閣の権限 (73条)	185
第2款	内閣の権限行使と責任 (66条3項)	186
第3款	衆議院の解散	186
第3章	裁判所	188
第1節	裁判所	188
第1款	裁判所の構成 (76条1項)	188
第2款	特別裁判所の禁止 (76条2項)	189
第3款	裁判官の独立 (76条3項)	190
第4款	裁判官の身分保障 (80条)	191
第5款	裁判所と国民	193
第2節	司法権	196
第1款	司法権	196
第2款	事件争訟性	197
第3款	司法権の限界	200
第3節	憲法訴訟	206
第1款	憲法訴訟	206
第2款	憲法事件争訟性	208
第3款	違憲審査権の限界	211
第4款	違憲審査の方法・効力	212
第4章	財政	214
第1節	財政	214
第1款	財政の基本原則 (83,84条)	214
第2款	財政支出に関する諸原則(85,87,89条)	215
第3款	財政監督制度	218
第5章	地方自治	219
第1節	地方自治	219
第1款	地方自治の本旨 (92条)	219
第2款	地方公共団体 (93,94条)	220
第3款	条例 (94条後段)	223
第4款	住民自治 (95条)	229

第1部 憲法

第1編 憲法総論

第1章 憲法総論

第1節 憲法と立憲主義

第1款 憲法とは何か

1. 憲法の意味

- ・ 形式的意味の憲法：憲法と呼ばれる成文の法典
- ・ 実質的意味の憲法：特定の内容を具えた規範（←不文憲法を含めればすべての国家に存在）
 - 固有の意味：国家の構成・組織・作用の基本に関する規範
 - 立憲の意味：個人の自由を擁護するために権力の濫用を制限する憲法

2. 憲法の分類

- ・ 成文憲法／不文憲法：成文／慣習・判例など
- ・ 硬性憲法／軟性憲法：通常の立法と異なる特別の手続きを要するか
- ・ 欽定憲法／民定憲法／協約憲法／国約憲法：君主／国民／君民共同／条約
- ・ 単一国／連邦国憲法、君主制／共和制憲法、近代型／現代型憲法、資本主義型／社会主義型憲法
- ・ 規範的／名目論的／意味論的憲法：現実に規範的拘束／重要部分で規範性がない／外観のみ
 - ※協約憲法：仏 1830 シャルト、条約：アメリカ合衆国憲法、形式的意味：スイス旧憲法屠殺規定

3. 憲法規範の特徴

- ・ 根本的価値選択の表明：立憲的意味の憲法は個人の権利・自由の擁護を根本的価値にする
- ・ 制限規範性：国家権力を制限する
- ・ 授權規範性：国法秩序の成立・維持を正当化する実定法的規範
 - * 手続法的性格：ある法を成立させる手続を定める
 - * 実体法的性格：ある法の内容条許容される範囲を定める
- ・ 最高法規性：98条。ただし97条より形式的最高法規制を規定（基本的人権の永久不可侵性）
 - 下位法令により改正されない、違憲の法令は無効

第2款 立憲主義の展開

1. 近代立憲主義

- ・ 最高法規または基本法としての憲法を制定し、権力を制限するもの
 - ：自由主義的 → 個人の権利・自由、特に財産権の保護
 - 消極国家、最小国家、自由国家
 - ⇔ソ連型社会主義やファシズム
- ・ 国民主権との結合：国民が国民の自由・権利を守るために憲法を制定する
 - 憲法制定権力と憲法によってつくられる権力
 - * 憲法制定権力：憲法に先んじて存在し、憲法秩序の諸原則を確定し、諸制度を確立する権力
 - ⇔立法権・行政権・司法権・憲法改正権は憲法によって制定されるもの

2. 現代立憲主義

- ・積極国家（財産権への制約と福祉国家・社会国家化。大きな政府）
 - ：行政国家化（行政統制の必要性）、政党国家化（参政権との調和）、司法国家化（全体主義抑止）
 - ※ケインズ経済学（修正資本主義）→形式的平等から実質的平等（機会の平等）保障へ
- ・自由主義と民主主義の相克？

第3款 憲法の法源と効力

1. 前文の効力：法規範性承認説（通説）、法規範性否定説
 2. 憲法判例：最高裁の憲法判例は事実上の拘束力のみ（通説）、先例拘束性承認説
 3. 憲法と下位法令
- ・法律：国会の裁量ゆえ、立法不作為はただちに違憲違法とはならない

【最判昭 60.11.21】在宅投票制度違憲訴訟[後掲 27100020]

【東京高判昭 60.8.26】台湾人元軍人・軍属国賠請求事件二審[昭 57 ネ 611]

各 500 万円請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却【後掲】

戦傷した元軍人・軍属、戦死した軍属の家族が賠償請求をしたもの。控訴審で予備的に補償立法をしないことの違憲確認請求も追加。

「補償立法の定立行為は……国の立法機関である国会の専権事項であり、国会がその権能と政治的責任においてなすべき公法上の行為である……国会の右のような法的性質を有する立法行為につきその不作為の違法違憲確認を求める……が、控訴人ら今次の戦争による戦傷者及び戦死者の遺族に対する補償問題に関し、単に国会が右補償を行うか否かについて立法権限を行使しないことの違法違憲確認を求めるものではなく、国会が控訴人ら日本国籍を有しない者についても日本人と同等の補償を行うことを内容とする法律を制定しないことの違法違憲の確認を求めるものである。国会の右立法の不作為を違法違憲というためには、国会に当該立法をなすべき作為義務があることを当然の前提とするから、右訴訟は、実質において国会に右のような立法義務があることの確認を求めるものにほかならず、講学上の無名抗告訴訟の一類型である義務確認訴訟に属する……この種訴訟が許容されるには、（１）行政庁ないし立法院において一定内容の作為をなすべきことが法律上二義を許さないほどに特定していて、行政庁ないし立法院の第一次的な判断権を重視する必要がない程度に明白であること、（２）事前の司法審査によらなければ回復し難い損害を生じ、事前の救済の必要性が顕著であること、（３）他に適切な救済方法がないこと、の各要件が満たされることが必要である。仮に控訴人ら主張のように国会に憲法上控訴人らに対する何らかの補償立法をなすべき作為義務があるとしても、援護法が制定以来我が国の国民感情、社会・経済・財政事情等の変化に伴い数次の改正を経て受給者及び受給事由の範囲を拡大し、支給金額等も増額させていたことから明らかなように、元日本軍人軍属にかかる援護又は恩給給付は我が国の国民感情、社会・経済・財政事情等を考慮して策定された立法に基づいて実施されてきたもので、控訴人ら日本国籍を有しない元日本軍人軍属にかかる補償立法についても、これらに加うるに外交環境等をも考慮して、受給範囲、支給金額、支給時期、支払方法などを立法院である国会において決定されるべきことはいうまでもない。したがって控訴人らに対する補償立法の内容となるべき受給の範囲、支給金額、支給時期、支給方法などは憲法上一義的に特定しているとは到底いうことはできない」→却下

- ・予算の法的性質：予算という形式で国の収支を監督する
 - * 予算行政（承認）説：予算は行政である ← 財政民主主義の理念に反する
 - * 予算法規範（国法・法形式）説：法律とは異なるが国法形式である（→修正に限界）
 - * 予算法律説：法律と同視すべき ← 予算を法律で改正できるのか
- ・命令：執行命令・委任命令に限る。白地委任も不可。権利制限でない場合（→法律の留保）

【最判平 25.1.11】判例（医薬品ネット販売規制）[平 24 行ヒ 279]

①原告らが薬事法施行規則改正後も第一類・第二類医薬品を郵便等で販売できる権利（地位）の確認、②薬事法施行規則改正省令のうち関連改正規定無効確認、③(予)②の規定取消→一審：①②棄却、③却下→控訴：①取消・確認、他控訴棄却→上告棄却

「薬事法が医薬品の製造、販売等について各種の規制を設けているのは、医薬品が国民の生命及び健康を保持する上での必需品であることから、医薬品の安全性を確保し、不良医薬品による国民の生命、健康に対する侵害を防止するためである（最判平 7.6.23 参照）。このような規制の具体化に当たっては、医薬品の安全性や有用性に関する厚生労働大臣の医学的ないし薬学的知見に相当程度依拠する必要がある……上記事実関係等からは、新薬事法の立案に当たった厚生労働省内では、医薬品の販売及び授与を対面によって行うべきであり、郵便等販売については慎重な対応が必要であるとの意見で一致していたことがうかがわれる」新薬事法成立前後、郵便等販売の需要相当程度存在し、制限反対意見は一般消費者に加え専門家・有識者等にも少なくなく、政府部内にも対面判明でなくても安全性が劣るといえず、消費者の利便性の見地からも、対面に限定する必要はないとの見解は根強かったとし「憲法 2 2 条 1 項による保障は、狭義における職業選択の自由のみならず職業活動の自由の保障をも包含している……ところ（最大判昭 50.4.30 参照）、旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約する……これらの事情の下で……新施行規則の規定が……根拠となる新薬事法の趣旨に適合するもの（行政手続法 3 8 条 1 項）であり、その委任の範囲を逸脱したものではないというためには、立法過程における議論をもしんしゃくした上で、新薬事法 3 6 条の 5 及び 3 6 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」新施行規則は郵便郵便販売を一律禁止するが「新薬事法 3 6 条の 5 及び 3 6 条の 6 は、いずれもその文理上は郵便等販売の規制並びに店舗における販売、授与及び情報提供を対面で行うことを義務付けていないことはもとより、その必要性等について明示的に触れているわけでもなく、医薬品に係る販売又は授与の方法等の制限について定める新薬事法 3 7 条 1 項も、郵便等販売が違法とされていなかったことの明らかな旧薬事法当時から実質的に改正されていない」新薬事法の他の規定にも規制の「趣旨を明確に示すものは存在しない」検討部会・国会審議等で「郵便等販売の安全性に懐疑的な意見が多く出された……にもかかわらず郵便等販売に対する新薬事法の立場は上記のように不分明であり、その理由が立法過程での議論を含む上記事実関係等からも全くうかがわれないことからすれば、そもそも国会が新薬事法を可決するに際して第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を禁止すべきであるとの意思を有していたとはいえない。そうすると、新薬事法の授權の趣旨が、第一類医薬品及び第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の省令の制定までも委任するものとして、上記規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難である……したがって、新施行規則のうち、店舗販売業者に対し、一般用医薬品のうち第一類医薬品及び第二類医薬品について、〔1〕当該店舗において対面で販売させ又は授与させなければならない（1 5 9 条の 1 4 第 1 項、2 項本文）ものとし、〔2〕当該店舗内の情報提供を行う場所において情報の提供を対面により行わせなければならない（1 5 9 条の 1 5 第 1 項 1 号、1 5 9 条の 1 7 第 1 号、2 号）ものとし、〔3〕郵便等販売をしてはならない（1 4 2 条、1 5 条の 4 第 1 項 1 号）ものとした各規定は、いずれも上記各医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止することとなる限度において、新薬事法の趣旨に適合するものではなく、新薬事法の委任の範囲を逸脱した違法なものとして無効というべき」

【最大判平 21.11.18】東洋町解職請求署名簿無効決定訴訟[平 21 行ヒ 83]

解職請求署名簿無効決定異議申立棄却決定取消請求→一審：棄却→上告：破棄

町議会議員の解職請求者署名簿の署名に付き、請求代表者に非常勤公務員たる農業委員が含まれていたためすべて無効としたもの

地方自治法 85-1 は「政令で特別の定をするものを除く外」公選法の普通地方公共団体の選挙の定めを準用するとし、同施行令が請求代表者につき公選法 89 本文のみを準用するため「農業委員会委員は、公職の候補者とな

ることができる場合であると否とを問わず、在職中、議員の解職請求代表者となることができないこととなる」
(但書により農業委員会委員は公職の候補者となることができる)

「地自法は、議員の解職請求について、解職の請求と解職の投票という二つの段階に区分して規定しているところ、同法85条1項は、公選法中の普通地方公共団体の選挙に関する規定(以下「選挙関係規定」という。)を地自法80条3項による解職の投票に準用する旨定めているのであるから、その準用がされるのも、請求手続とは区分された投票手続についてであると解される。このことは、その文理からのみでなく、〔1〕解職の投票手続が、選挙人による公の投票手続であるという点において選挙手続と同質性を有しており、公選法中の選挙関係規定を準用するのにふさわしい実質を備えていること、〔2〕他方、請求手続は、選挙権を有する者の側から当該投票手続を開始させる手続であって、これに相当する制度は公選法中には存在せず、その選挙関係規定を準用するだけの手続的な類似性ないし同質性があるとはいえないこと、〔3〕それゆえ、地自法80条1項及び4項は、請求手続について、公選法中の選挙関係規定を準用することによってではなく、地自法において独自の定めを置き又は地自令の定めで委任することによってその具体的内容を定めていることから、うかがわれるところである。したがって、地自法85条1項は、専ら解職の投票に関する規定であり、これに基づき政令で定めることができるのもその範囲に限られるものであって、解職の請求についてまで政令で規定することを許容するものということではない」

「しかるに、前記2(2)のとおり、本件各規定は、地自法85条1項に基づき公選法89条1項本文を議員の解職請求代表者の資格について準用し、公務員について解職請求代表者となることを禁止している。これは、既に示したとおり、地自法85条1項に基づく政令の定めとして許される範囲を超えたものであって、その資格制限が請求手続にまで及ぼされる限りで無効……議員の解職請求において、請求代表者に農業委員会委員が含まれていることのみを理由として、当該解職請求者署名簿の署名の効力を否定することは許されない」〔最判昭29.5.28は以上と抵触する限度において、これを変更すべき〕

(藤田補足) (涌井補足) あえて違法とする理由の補足

(宮川・櫻井補足) 小さい町で公務員はダメといったら代表者たりうる人がほとんどいなくなる

(堀籠・古田・竹内反対) 多数意見によると公務員の解職請求がまったく自由になり不当。

(竹内追加反対) 公務員の地位利用がありうるから制限は正当で判例を維持すべき

- ・ 議院規則・裁判所規則：規則の専管/規則優先か、法律でもよい/法律優先か

【最判昭30.4.22】判例(法律による刑事訴訟手続) [昭28あ539]

「法律が一定の訴訟手続に関する規則の制定を最高裁判所規則に委任しても何等憲法の禁ずるものではないことは当裁判所の判例の示すところである(最大判昭25.10.25、最判昭26.2.23参照)。そして右判例が、法律により刑事手続を定めることができるものであることを前提としていることはいうまでもないところである。従つて、刑事訴訟法が適憲であることも亦おのづから明らかであるといわなければならない」(公執妨害上告事件)

- ・ 条例：法律の範囲内

4. 憲法と国際法

- ・ 二元論：憲法と国際法の妥当根拠は次元が全く異なり、別個の法体系(→ではどう受容するか)
∴憲法は主権(憲法秩序)だが、国際法は国家間の契約である
- ・ 一元論：一つの統一的法秩序を構成する
 - * 国際法優位説 ← 現実には国際法の効力は優位でない
 - * 国内法優位説 ← 国際法の意味がなくなる
- ・ 国際法の国内法的効力：特段の立法措置は不要(98条2項、73条3号 → 法律に優位する)
- ・ 国際法と憲法の序列：憲法優位説(通/判 ∴条約で改憲可能)、国際法優位説(∴国際協調主義)

→違憲審査の可否：憲法優位説が分かれる、国際法優位説なら審査不可能で決まり

* 審査可能説：「法律」扱い、「規則又は処分」扱い、憲法全体の趣旨(有力)

* 審査不可能説：条約優位説による立場、81条に条約がないから(有力)

・判例：統治行為論で審査を避ける（砂川事件など）＝違憲審査は可能だが、あえて回避する

5. 憲法の効力と違憲判断

・ 刑事法：刑事訴訟法・実体法の法令・適用の合憲性を争う、遡及効の問題がある

・ 民事法：民事訴訟法・実体法の法令・適用の合憲性を争う

* 私法と公法の区別

→主体説(公機関か)、権力説(権力関係の有無)、利益説(公益に関するか)、生活関係説

・ 解釈原理が異なる、行政事件は行訴法に従う（⇔一方当事者が行政でも私法関係は民訴法）

←公と私の区別は明確でなくなりつつあるのではないか

* 私経済関係：審査可能説(有力:国家の逸脱行為だから)、不能説

【最大判平 1.6.20】 百里基地訴訟[後掲 27804472]

不動産所有権確認・移転登記抹消請求本訴、同反訴、不動産所有権確認・停止条件付所有権移転仮登記抹消登記請求本訴、同反訴：一審：国側勝訴→控訴棄却→上告棄却

「憲法九八条一項……にいう「国務に関するその他の行為」とは……公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味し……国の行為であつても、私人と対等の立場で行う国の行為は、右のような法規範の定立を伴わないから憲法九八条一項にいう「国務に関するその他の行為」に該当しない……本件売買契約は、国が行つた行為ではあるが、私人と対等の立場で行つた私法上の行為であり、右のような法規範の定立を伴わないことが明らかであるから、憲法九八条一項にいう「国務に関するその他の行為」には該当しない」

「平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず、また、憲法九条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではない」本件契約は「個別的な事情を踏まえて交渉を重ねた結果締結された一連の売買契約の一つであつて、右に説示したような特段の事情は認められず、したがつて、本件売買契約は、私的自治の原則に則つて成立した純粋な財産上の取引であるということができ、本件売買契約に憲法九条が直接適用される余地はない」「自衛隊法及び防衛庁設置法は、昭和二九年六月憲法九条の有する意義及び内容について自衛のための措置やそのための実力組織の保持は禁止されないとの解釈のもとで制定された法律であつて、自衛隊は、右のような法律に基づいて設置された組織であるところ、本件売買契約が締結された昭和三三年当時、私法的な価値秩序のもとにおいては、自衛隊のために国と私人との間で、売買契約その他の私法上の契約を締結することは、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立していたということとはできない」から私法上無効とは言えない。

(伊藤補足) 社会実情にそのまま依存・追従すべきではないが、憲法を踏まえても民法 90 条違反とはいえない。

・ 行政法：国賠法や行訴法に基づいて法令・適用の合憲性を争う

* 国賠：17条の権利性(肯定が近時有力)

・ 国賠法 1 条の適用対象：広義説=非権力作用でも適用される(通説)

* 行訴法：主観訴訟（抗告・当事者訴訟）と客観訴訟（民衆・機関訴訟）を規定

←違憲の疑い：管轄、出訴期間制限、仮処分・執行停止、首相の異議申立て、事情判決など

第2節 憲法の変動と保障

第1款 憲法変動

1. 憲法の変動：憲法の改正（一部改正・追加）、憲法の制定（全部改正）
2. 憲法の変遷：社会学的意味の変遷（社会変動による）、法解釈学的意義の変遷（実践による）

第2款 憲法保障

1. 憲法保障：憲法が遵守されることを確保すること、又はその方法
2. 平時型／非常時型、予防型／事後型、拘束型／諮問型
 - ・ 三権分立（平時・予防）、違憲審査（事前型・事後型・諮問型：勧告的意見制度の場合）
 - ・ 国民の政治過程への参加
3. 憲法尊重擁護義務（99条）・保持義務（12条前段）
 - ・ 99条：天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ
 - ・ 12条前段：この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。
4. 抵抗権：人間の尊厳を侵害するような国家権力の濫用に対し既存の救済手段が無力である場合に国民が実力で抵抗して立憲主義的秩序を回復する権利（⇔新秩序形成であれば革命権）
 - ・ 記述はないが、12条・97条が間接的に宣言しているとする説もある。
 - ・ 市民的不服従：良心的兵役拒否など。抵抗権の「一部行使」？
5. 国家緊急権：緊急事態に対して平時の政治制度では対応できない場合に国家の存立と憲法秩序の回復を図るために、立憲主義的憲法秩序を一時的に停止して非常措置をとる権限

第2章 日本憲法史

第1節 大日本帝国憲法と日本国憲法

第1款 明治憲法の法律等の扱い

1. 大日本帝国憲法下で制定された法律等は、日本国憲法制定後も有効とされる

【最大判昭 23.5.26】不敬罪事件[24000166]

不敬罪→一審：名誉棄損罪で懲役8月→控訴：免訴

昭 21.5.19 の飯米獲得人民大会（通称食糧メーデー）に労働組合員として参加した被告人が「ヒロヒト 詔書 日ク 国体はゴジされたぞ 朕はタラフク 食つてるぞ ナンジ人民 飢えて死ぬ ギヨメイ ギヨジ 日本共産党 田中精機細胞」とのプラカードを掲げたもの。一審（東京地判昭 21.11.2）は天皇の名誉を棄損したとして、名誉棄損とした（ポツダム宣言受諾・降伏により不敬罪は失効）が、二審は不敬罪の成立を認め昭 21.11.3 の勅令による不敬罪に対する大赦を理由に免訴。

「恩赦は、ある政治上又は、社会政策上の必要から司法権行使の作用又は効果を、行政権で制限するものであつて……政の作用として、既に刑の言渡を受けたものに対して、判決の効力に変更を加え、まだ、刑の言渡を受けないものに対しては、刑事の訴追を阻止して、司法権の作用効果を制限するものである……どの判決の効力に変更を加え、又は、どの公訴について、その訴追を阻止するかは、専ら、行政作用の定むるところに従うべきである。前記大赦令に、同日前に刑法第七十四条の罪を犯したものは赦免せられるとあるは、まだ刑の言渡を受けないものに対しては、前示刑法第七十四条の罪を犯したりとの嫌疑をもつて起訴せられ、その具体的公訴事実について、現に公訴の繫属中なるものについて、その訴追を阻止するという趣旨に解しなければならぬ」

「既に大赦によつて公訴権が消滅した以上、裁判所は前に述べたように、実体上の審理をすることはできなくなり、たゞ刑事訴訟法第三百六十三条に従つて、被告人に対し、免訴の判決をするのみである。従つて、この場合、被告人の側においてもまた、訴訟の実体に関する理由を主張して、無罪の判決を求めることは許されない」

「被告人および弁護人が特に強調するところの、刑法不敬罪の規定は昭和二十一年五月十九日、即ち本件被告人の行為のなされた当時には既に失効していたという主張に関しても、畢竟これは被告人の本件所為が罪となるか、ならぬかの争点に関するものであつて、大赦によつて本件公訴権は消滅し、実体上の審理が許されないことは前説明のとおりであるから、被告人等も、また、かゝる理由に基いて、無罪を主張することは許されないのである」

（井上補足）原審に有罪のような文言があるが、主文が免訴なのだから、理由に書いてあることで破棄はできぬ（斎藤意見）不敬罪は名誉棄損罪に併合された（刑の変更）ので原審は正当（上告棄却）

（霜山・沢田意見）本件上告は適用だが、理由はすべて取るべきでなく、上告棄却

（真野反対）理由に有罪のような記述がある原審を確定させるのは「不必要に違法に押された黒の烙印をそのまま放置して顧みないことは、基本的人権の尊重を保障する憲法の精神に違反する」→破棄自判（免訴）すべし

（栗山反対）原審は訴訟法上の誤りがあり、破棄自判（免訴）すべし。

（庄野反対）不敬罪は実質的に廃止されていたから、無罪とすべき。

【最判平 20.3.14】横浜事件再審請求[28145239]

再審一審：免訴→控訴棄却→上告棄却

「再審制度がいわゆる非常救済制度であり、再審開始決定が確定した後の事件の審判手続（以下「再審の審判手続」という。）が、通常の刑事事件における審判手続（以下「通常の審判手続」という。）と、種々の面で差異があるとしても、同制度は、所定の事由が認められる場合に、当該審級の審判を改めて行うものであつて、その審判は再審が開始された理由に拘束されるものではないことなどに照らすと、その審判手続は、原則として、通常の審判手続によるべきものと解されるところ、本件に適用される旧刑訴法等の諸規定が、再審の審判手続において、免訴事由が存する場合に、免訴に関する規定の適用を排除して実体判決をすることを予定しているとは解されない。これを、本件に即していえば、原確定判決後に刑の廃止又は大赦が行われた場合に、旧刑訴法 363 条

2号及び3号の適用がないということとはできない。したがって、被告人5名を免訴した本件第1審判決は正当である。そして、通常の審判手続において、免訴判決に対し被告人が無罪を主張して上訴できないことは、当裁判所の確定した判例であるところ、再審の審判手続につき、これと別異に解すべき理由はないから、再審の審判手続においても、免訴判決に対し被告人が無罪を主張して上訴することはできない」

〔今井補足〕 刑事補償法では免訴でも救済されうるから、無罪とする必要はないのではないか

〔古田補足〕 刑事補償法施行前の拘束でも、施行後に無罪や免訴が確定すれば補償対象になる

【横浜地決平 22.4.4】 横浜事件刑事補償請求[25462561]

一審：刑事補償請求認容（980万円＝784日×1.25万円：上限額）：確定

「Aの予審終結決定書に記載されたいずれの事実についても、現存する資料を基に確定審当時存在したであろう証拠を検討しても、到底これらを認定することはできなかつたというべきであり、本件公訴事実は既に半世紀以上も前の事実を対象とするものであるから、関係者はほとんど死亡しており、さらに新たな証拠が発見・請求される可能性は極めて乏しく、したがって、大赦及び刑の廃止という事実がなく、再審公判において裁判所が実体判断をすることが可能であったならば、Aは無罪の裁判を受けたであろうことは明らかであり、刑事補償法25条1項の「無罪の判決を受けるべきものと認められる充分な事由」があったものといえることができる」

【最大判昭 28.4.8】 政令 201 号事件[後掲 27660329]

勅令 542 号に基づき、マッカーサー元帥の指令によって制定された政令 201 号の合憲性。

「連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわらず法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本官庁の職員に対する指令を発してこれを遵守実施せしめることを得る」「かかる基本関係に基づき前記勅令第五四二号、すなわち「政府ハポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ連合国最高司令官ノ為ス要求ニ係ル事項ヲ実施スル為、特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ為シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得」といふ緊急勅令が降伏文書調印後間もなき昭和二〇年九月二〇日に制定された。この勅令は前記基本関係に基づき、連合国最高司令官の為す要求に係る事項を実施する必要上制定されたものであるから、日本国憲法にかかわらず憲法外において法的効力を有するものと認めなければならない」「政令第二〇一号が昭和二〇年勅令第五四二号の要件を充たさないから無効であるとの論旨は、いずれも理由がない」

第3章 平和主義

第1節 平和主義

第1款 平和主義の理念

1. 歴史的背景：正戦論→国際法による戦争の抑止・侵略戦争の放棄を含む憲法の制定(仏伯西等)
→戦争の違法化(国際連盟・パリ不戦条約)→国際連合
2. 憲法前文・9条の国際平和希求の意義
 - ・芦田修正：9条1項「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」2項「前項の目的を達するため」を帝国議会衆議院で追加(→貴族院で§66-2 文民条項追加)

第2款 憲法解釈

1. 自衛権
 - ・個別的自衛権：独立国に固有で放棄できない(多数) ← 濫用の危険
 - ・集団的自衛権：国連憲章 51 に定めがあるが、憲法上許されない(通説)
2. 前文の法規範性：肯定・解釈基準だが裁判規範ではない(通説)
 - ・9条の法規範性：肯定・前文の具体化で裁判規範(多数) ⇔ 9条も政治的規範(少数)
3. 9条1項の解釈

§9-1 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する

 - ①国権の発動たる戦争：宣戦布告や最後通牒など戦意が表明され戦時国際法の適用を受けるもの
 - ②武力による威嚇：武力やテロを背景に自国の主張を供用すること
 - ③武力の行使：宣戦布告等を伴わない事実上の戦争状態
 - * 国際紛争を解決する手段：あらゆる戦争(A：少数)、侵略戦争をいう(B・C：多数)
→①②③にかかる(有力：日本文の解釈)、②③にしかかからない(少数：英文の解釈)
4. 9条2項の解釈

§9-2 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない

 - * 前項の目的を達するため
 - ・A：あらゆる戦争を放棄したから当然、無条件的な戦力不保持が目的
 - ・B：自衛戦争と称した侵略を避けるため、結局は戦力を一切放棄する
 - ・C：戦力不保持の留保規定で、侵略目的のみ排除 ← 前文と齟齬、自衛戦争の規定なしなど
 - * 戦力：戦争遂行を目的とする相応の実体・機能を備えた人的・物的組織体(=軍事力)
←軍需生産・航空機・港湾施設・軍事研究等戦争遂行に役立つもの一切(少数)
 - * 交戦権：国の戦争をする権利(A・B)、交戦国に国際法上認められる権利(C)判例の立場…A：百里基地訴訟一審、B：長沼訴訟一審
5. 平和的生存権：国は積極的に戦争回避行為を採るべきで、軍隊保持はこれに違反
←具体的権利性は否定(多数) ∴ 請求内容が不明、3章に対応するものがない(§13 説はある)
【水戸地判昭 52.2.17】百里基地訴訟一審[S33ワ 136等;判時 842-22]
【最大判平 1.6.20】百里基地訴訟上告審[S57才 164;民集 43-6-385]
不動産所有権確認・移転登記抹消請求本訴、同反訴、不動産所有権確認・停止条件付所有権移転仮登記抹消登記

請求本訴、同反訴：一審：国側勝訴→控訴棄却→上告棄却

小切手不渡りにより原告が被告への土地売却契約を解除し、百里基地建設のため国に売却したものを。国も原告。被告は百里基地建設のための解除であり、違憲で解除の意思表示は公序良俗違反で無効と主張した。

一審は私法上の契約ゆえ 98 条違反でなく、9 条違反が明白でなく、平和的生存権も具体的・個別的に定立されていないから公序良俗違反ではないとした。控訴審は国と私人の私法上の契約であり 98,99 条違反ではなく、自衛隊が違憲としてもそれが社会の存立、発展を脅かすほどに至るほど反社会的、反道徳的であることについて、社会一般の認識として確立されているとまでいえないから公序良俗違反とはいえないとした。

<一審>

1 項は自衛権を放棄せず、2 項は「前項の目的」とは第一項全体の趣旨を受けて侵略戦争と侵略的な武力による威嚇ないしその行使に供しうる一切の戦力の保持を禁止したもの」「交戦権」とは……「戦争をなす権利」と解する余地は存しないから、国際法上国が交戦国として認められている各種の権利であるといわざるをえない。従つて、わが国が外部からの武力攻撃に対し自衛権を行使して侵害を阻止、排除するための実力行動にでること自体は、なんら否認されるものではない」「わが国が、外部から武力攻撃を受けた場合に、自衛のため必要な限度においてこれを阻止し排除するため自衛権を行使することおよびこの自衛権行使のため有効適切な防衛措置を予め組織、整備することは、憲法前文、第九条に違反するものではない」

<上告審>

「平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず、また、憲法九条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではない」「本件売買契約は、私的自治の原則に則つて成立した純粋な財産上の取引であるということができ、本件売買契約に憲法九条が直接適用される余地はない」「本件売買契約が締結された昭和三年当時、私法的な価値秩序のもとにおいては、自衛隊のために国と私人との間で、売買契約その他の私法上の契約を締結することは、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立していたということではできない」から私法上無効とは言えない。

(伊藤補足) 社会実情にそのまま依存・追従すべきではないが、憲法を踏まえても民法 90 条違反とはいえない。

【札幌地判昭 48.9.7 判時 712-24】長沼訴訟一審[S44 行ウ 16,23,24]

【札幌高判昭 51.8.5 行集 27-8-1175】長沼事件二審[S48 行コ 2]

【最判昭 57.9.9 民集 36-9-1679】長沼訴訟最判[S52 行ツ 56]

保安林指定解除の取消請求→一審：請求認容→控訴：破棄（請求却下）→上告棄却

自衛隊長沼ナイキ基地の敷地とするため保安林指定が解除されたため、憲法 9 条違反で取消しを請求したものを。

<一審>

「前文第二項は……この平和的生存権が、全世界の国民に共通する基本的人権そのものであることを宣言するもの……それは、たんに国家が、その政策として平和主義を掲げた結果、国民が平和のうちに生存しうるといつた消極的な反射的利益を意味するものではなく、むしろ、積極的に、わが国の国民のみならず、世界各国の国民にひとしく平和的生存権を確保するために、国家みずからが、平和主義を国家基本原理の一つとして掲げ、そしてまた、平和主義をとること以外に、全世界の諸国民の平和的生存権を確保する道はない、とする根本思想に由来するもの」9 条 1 項「において、国際紛争を解決する手段として放棄される戦争とは、不法な戦争、つまり侵略戦争を意味する……およそいつさいの国際紛争を意味するものとして、憲法は第九条第一項で自衛戦争、制裁戦争をも含めたいかなる戦争をも放棄したものであるとする立場があるが、もしそうであれば、本項において、とくに「国際紛争を解決する手段として」などと断る必要はなく、また、この文言は、たとえば、一九二八年の不戦条約にもみられるところであり、同条約では、当然に、自衛戦争、制裁戦争を除いたその他の不法な戦争、すなわち、侵略戦争を意味するものと解され……以後、国際連盟規約、国際連合憲章の解釈においても、同様の

考えを前提としているから、前記した趣旨に解するのが相当……本条項では、未だ自衛戦争、制裁戦争までは放棄していない」9条2項の「前項の目的」とは、第一項を規定するに至った基本精神、つまり同項を定めるに至った目的である「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求（する）」という目的を指す……たんに第一項の「国際紛争を解決する手段として」のみに限定し……不法な戦争、侵略戦争の放棄のみの目的と解すべきではない。なぜなら、それは、前記した憲法前文の趣旨に合致しないばかりか、後記するように、現行憲法の成立の歴史的経緯にも反し、しかも、本項の交戦権放棄の規定にも抵触するものであり、かつ、現行憲法には宣戦、講和などの戦争行為に関するいつさいの規定を置いていないことから明らか「このようにして、本項でいつさいの「戦力」を保持しないとされる以上、軍隊、その他の戦力による自衛戦争、制裁戦争も、事実上おこなうことが不可能となつたものである」「交戦権」は、国際法上の概念として、交戦国が国家としてもつ権利で、敵の兵力を殺傷、破壊したり、都市を攻撃したり、占領地に軍政をしいたり、中立国に対しても一定の条件のもとに船舶を臨検、拿捕し、また、その貨物を没収したりなどする権利の総称をいう。この交戦権を、ひろく国家が戦争をする権利と解する立場は、第一項の「国権の発動たる戦争」と重複し、妥当ではない」「その放棄は無条件絶対的である」「もちろん、現行憲法が、以上のように、その前文および第九条において、いつさいの戦力および軍備をもつことを禁止したとしても、このことは、わが国が、独立の主権国として、その固有の自衛権自体までも放棄したものと解すべきでないことは当然である（最判昭 34.12.16 参照）。しかし、自衛権を保有し、これを行行使することは、ただちに軍事力による自衛に直結しなければならないものではない」「自衛権の行使方法が数多くあり、そして、国家がその基本方針としてなにを選択するかは、まったく主権者の決定に委ねられているものであつて、このなかにあつて日本国民は前記述のとおり、憲法において全世界に先駆けていつさいの軍事力を放棄して、永久平和主義を国の基本方針として定立したのである」

<控訴審>

訴えの利益を欠くとしつつ、自衛隊の設置という「政策の採否及び効果は、平時、緊急時を問わず、国内における政治、経済、文化、思想、外交その他諸般の事情に深くかかわり合いを持ち、かつその選択は、高度の専門技術的判断とともに、高度の政治判断を要する最も基本的な国の政策決定にほかならない。したがつて、右政策決定を組成する前記立法行為及び行政行為は、正に統治事項に関する行為であつて、一見極めて明白に違憲、違法と認められるものでない限り、司法審査の対象ではない」

「自衛のための戦力の保持に関する憲法第九条第二項前段は、一義的に明確な規定と解することができない」自衛隊が「侵略戦争のためのものであるか否かは……客観的にわが国の戦争遂行能力が他の諸国との対比において明らかに侵略に足る程度に至っているものであるか否かによつて判断すべき……戦争遂行能力の比較は……広く、高度の専門技術的見地から相関的に検討評価しなければならない……右評価は現状において客観的、一義的に確定しているものとはいえないから、一見極めて明白に侵略的なものであるとはいえない」「自衛隊の存在等が憲法第九条に違反するか否かの問題は、統治行為に関する判断であり、国会及び内閣の政治行為として窮極的には国民全体の政治的批判に委ねらるべきものであり、これを裁判所が判断すべきものではない」

<上告審>

代替施設により保安林の必要性がなくなったので、訴えの利益が失われた。

（藤崎意見）原告らの利益は反射的利益にすぎないから、そもそも訴えの利益はない。

（団藤反対）原審は洪水の危険がなくなったとしており、保安林と同等という多数意見・団藤の考えと違う

第3款 平和主義の諸問題

1. 政府見解の変遷：1950 警察予備隊、1952 保安隊、1972 自衛のための必要最小限度
2. 在日米軍と日米安全保障条約
 - ・ 在日米軍は戦力にあたるか：日本に指揮権がないから9条の対象外（最高裁）
←戦力はどの国であっても不可／国連軍のみ認める(多数)

【東京地判昭 34.3.30 判時 180-2】 砂川事件一審（伊達判決） [S32 特わ 368]

【最大判昭 34.12.16 刑集 13-13-3225】 砂川事件上告審[S34 あ 710]

日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定に伴う刑事特別法違反（7名）

一審：無罪→跳躍上告：破棄差戻し→差戻一審：各罰金 2,000 円→控訴棄却→上告棄却

<一審>（伊達判決）

日本国の依頼に合衆国が応じ、武力攻撃への防御に出動するであろう「実質を有する合衆国軍隊がわが国に駐留するのは……わが国政府の要請と、合衆国政府の承諾という意思の合致があつたからであつて、従つて合衆国軍隊の駐留は一面わが国政府の行為によるものということを防げない。蓋し合衆国軍隊の駐留は、わが国の要請とそれに対する施設、区域の提供、費用の分担その他の協力があつて始めて可能となるものであるからである。かようなことを実質的に考察するとき、わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に使用する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、指揮権の有無、合衆国軍隊の出動義務の有無に拘らず、日本国憲法第九条第二項前段によつて禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるものといわざるを得ないのである」

<上告審>

「われら日本国民は、憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによつて補ない、もつてわれらの安全と生存を保持しようとして決意した……それは、必ずしも……国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができる……憲法九条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」 §9-2 「において戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条一項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすがごときことのないようにするためである……従つて同条二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しない」

「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする」
（河村補足）攻撃的目的のために駐留を認めるなどの明白な違反があれば違憲。

（小谷意見）日本に指揮監督権のない在日外国軍は、侵略目的でない限り違憲ではない。

- ・ P K O協力法(1992)・周辺事態法(1999)・自衛隊法改正(2006)など

←国外任務の是非、特に停戦監視を超える軍事活動・武器使用の是非は？

【名古屋高判平 20.4.17】 自衛隊イラク派遣違憲名古屋訴訟[後掲 判時 2056-74]

イラク派遣禁止・派遣違憲確認請求・慰謝料請求→一審：差止却下・慰謝料棄却→控訴棄却（確定）

第4章 国民主権と天皇制

第1節 国民主権

第1款 国民主権

1. 主権の意味

※主権は国家にしか使わない ⇔ それ以外は「自治」

- ・ 君主権力：君主の国家の統治権 = 国家意思の最高決定権だった
- ・ 統治権：国家権力そのもの（国家の統治権や支配権）
- ・ 最高独立性：国家権力が国内的に最高・対外的に独立であること（国際法的）
- ・ 最高決定権：国家意思の最高決定権。国民化君主化など。

2. 国民主権の意味と国民

- ・ 国民の意義：国家構成員（統治客体・人権享有主体）、主権者、国家機関たる有権者集団
* 主権者を法律で決められるのか（憲 10「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」）
→ 国籍法自体も違憲となりうる

【最大判平 20.6.4】国籍法違憲判決[28141352]

- ・ ナション主権：抽象的な全国民を主権者とみなす ← 制限選挙や自由委任に寛容では？
- ・ プーブル主権：具体的な有権者の総体が主権者である

3. 国民主権の構成要素

- ・ 正当性の要素：国家権力を正当化する究極的権威は国民に由来する
- ・ 権力性の要素：国家意思を最終的に決定する権力を国民が行使する

4. 日本国憲法と直接民主制

- ・ 憲法改正国民投票(§96-1)、最高裁裁判官国民審査(§79)、地方特別法住民投票(§95)

第2節 天皇制

第1款 天皇の地位 (1,2,8,88条)

1. 天皇の地位(§1)

- ・ 明治憲法：主権者かつ統治権者 + 神聖化
 - ・ 日本国憲法：象徴（非政治性）、主権者たる国民の意思に従うもの
 - * 基本的人権の保障の憲法上の明文の例外
 - * 基本的人権を享有するか：肯定説(通説)・否定説(有力、明文の例外)・皇族のみ肯定説
- §1 天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基づく

【富山地判平 10.12.16】天皇コラージュ事件一審[後掲 平 6 フ 242]

【名古屋高金沢支判平 12.2.16】天皇コラージュ事件控訴審[後掲 平 11 ネ 17]

天皇の肖像権・プライバシー権を認めつつ、その地位・職務上制限されるとした。

2. 象徴の意味：象徴以外の役割を天皇がもたないことの強調

- ・ 天皇の象徴たる地位に特別な保護を与えることは可能か
 - * 不敬罪の有効性：ポツダム宣言受諾時に無効、日本国憲法施行時に無効、刑法改正で廃止
- 【最大判昭 23.5.26】不敬罪事件[24000166]
- 一審：不敬罪はポツダム宣言受諾・降伏により失効→名誉棄損罪で懲役 8 月
控訴審・上告審：不敬罪の成立を認め、昭 21.11.3 の勅令による大赦を理由に免訴
- ・ 天皇の法的責任
 - * 刑事責任：明治憲法では天皇は無答責が原則
 - ・ 刑事訴追を受けない：摂政・国事行為臨時代行者の在任中不訴追から当然(皇室典範 21 等)
←君主無答責の残滓、摂政の規定も違憲では？
 - * 民事責任：明治憲法では民事裁判権に服さないのが通説
 - ・ 象徴天皇制ゆえ民事裁判権は及ばず、却下となる（判例）
←象徴天皇制から直接に導くことができるのか？
- 【最判平 1.11.20】判例（天皇の民事裁判権）[後掲 27805172]
- 「天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばない」
- 【東京高判昭 51.9.28】皇后に民事裁判権は及ぶ[昭 51 ラ 237]
- 一審：訴状却下命令→抗告：取消（皇后と日本赤十字社間の名誉総裁奉戴関係の不存在確認）
「わが国の民事裁判権は、原則としてわが国内にいるすべての人に及ぶのであり、皇后が日本国の象徴であり、日本国民総合の象徴である天皇の配偶者であることは、皇后に対する民事裁判権を否定すべき理由となるものではなく、他にこれを否定すべき特段の理由ないし根拠はない」
- ・ 君主・元首であるか
 - * 君主・君主制国家における主権者・統治権者とする君主ではない
 - ・ 形式的であっても世襲制の独任期間とすると君主である
 - * 元首：天皇、内閣総理大臣、天皇と内閣総理大臣、内閣、国会、国会議長、国民、不在
= 国家の対外的代表権者 ← 外交儀礼は国際慣行に従えば足りるから実益がないのでは
 - ・ 国事行為以外の行為をなすうるか

3. 皇位継承：明治憲法は男系男子世襲を規定、日本国憲法は世襲のみ規定(§2)
 - ・ 男系男子相続(皇室典範 1,2)：天皇制自体が基本的人権保障の例外ゆえ§14の埒外(通説)
 - ・ 終身性(皇室典範 4)：皇位継承の政治利用、政治に左右されるのを防ぐ
 - ・ 皇族(皇室典範 5)：男系男子は原則永久に皇族、女子は婚姻で離脱が原則 ← 違憲？
 - ・ 即位の礼・大喪の礼(皇室典範 24,25)：宗教色が含まれれば政教分離原則違反のおそれ
 §2 皇位は、世襲のものであつて、国会の議決した皇室典範の定めるところにより、これを継承する
4. 皇室財産 ← 戦前の皇室の財産は莫大で経済的影響力があるのに国会が統制できなかった
 - ・ 皇室経済法
 - §8の例外：相当対価による通常の私的経済行為や外交儀礼上の贈答は議決不要(同 2)
 - 皇室費用：予算に皇室費用として内廷費・宮廷費・皇族費を計上する(同 3-6)
 - §8 皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が、財産を譲り受け、若しくは賜与することは、国会の議決に基かなければならない
 - §88 すべて皇室財産は、国に属する。すべて皇室の費用は、予算に計上して国会の議決を経なければならない

第2款 天皇の権能 (3~7条)

1. 国事行為：国政の実質的決定を伴わない形式的・儀礼的・名目的行為
 - ・ 内閣の助言・承認、責任(§3)
 - * 助言と承認に違いはあるか：助言と承認はまとめてよい／別々
 - ・ 事前の助言と事後の承認 ← 文言の解釈は合うが硬直的
 - ・ 事前の助言または事後の承認 ← 天皇の発意による国事行為が可能になる、文言に反する
 - ・ 「事前の助言と承認」または事前の助言+事後の承認
 - ・ 事前又は事後の「助言と承認」 ← 天皇の発意による国事行為が可能になる
 - §3 天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ
 - ・ 天皇の国政権能の否定・国事行為の委任(§4、一時的)、摂政(§5、長期間)
 - §4-1 天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない
 - #2 天皇は、法律の定めるところにより、その国事に関する行為を委任することができる
 - §5 皇室典範の定めるところにより摂政を置くときは、摂政は、天皇の名でその国事に関する行為を行ふ。この場合には、前条第一項の規定を準用する
 - ・ 具体的な国事行為と実質的な決定権者
 - * 実質的な決定権者不明の場合（国会召集、衆院解散、儀式挙行の一部）の決定権
 - 7条に基づき、内閣の「助言と承認」の範疇として内閣の権限となしうるか
 ←肯定説／否定説（憲法の他の条文から導くべき）
 - §6-1 内閣総理大臣の任命（国会の指名:6-1）
 - §6-2 最高裁判所長官（内閣の指名:6-2）
 - §7:1 憲法改正,法律,政令,条約の公布（国民:96-1,国会:59,内閣 73:6,内閣・国会:61,73:3）
 - §7:2 国会召集（常会・特別会は規定なし、臨時会は内閣:53）
 - §7:3 衆議院解散（不信任解散は内閣:69、その他の解散は規定なし）
 - §7:4 国会議員総選挙施行の公示（憲法所定の場合:45,46,54-1）

§7:5 国務大臣,最高裁判事,官吏任免の認証 (内閣総理大臣:68,内閣:79-1,内閣 73:4)

全権委任状・大公使信任状の認証 (内閣:73:2)

§7:6 恩赦の認証 (内閣:73:7)

§7:7 栄典授与 (内閣:73 の一般行政事務)

§7:8 批准書等の外交文書認証 (内閣:73:2,3)

§7:9 外国大公使接受 (アグレマンの授与は内閣:73:2)

※アグレマン：接受国が信任状を持つ外交使節に与える派遣に反対しない旨の意思表示
→外国からの信任状の宛名は天皇宛が慣例

§7:10 儀式の挙行 (皇室典範所定の儀式は国会、その他は規定なし)

§6-1 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する

#2 天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する

§7 天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ

一 憲法改正、法律、政令及び条約を公布すること

二 国会を召集すること

三 衆議院を解散すること

四 国会議員の総選挙の施行を公示すること

五 国務大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること

六 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証すること

七 栄典を授与すること

八 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること

九 外国の大使及び公使を接受すること

十 儀式を行ふこと

2. 国事行為以外の行為

・純然たる私的行為は可能

・微妙なもの：国会開会式の「お言葉」、国内巡幸、外国訪問、元首接受、信書交換等

* 違憲説：国事行為でも私的行為でもないから認められない ← 非現実的

* 二分説：国事行為か私的行為のいずれかに含まれ合憲 ← 分類に無理があるのでは

・国事行為説：儀式挙行(§7:10)に含まれる ← 天皇以外が主宰する儀式も含めていいのか

・私的行為説 ← 政治的影響があるのに私的行為でいいのか

* 三分説：国事行為・私的行為のほか第三類型がある ← 範囲、内閣のコントロールは？

・象徴行為説：象徴としての地位に基づく

・公人行為説：公人としての地位に基づく

・準国事行為説：国事行為に密接に関連する行為

第2編 人権総論

第1章 基本的人権総論

第1節 基本的人権の内容

第1款 基本的人権の性質

1. 固有性：人間であるがゆえに当然認められること…前国家的権利を後国家的に保障する矛盾
2. 不可侵性：侵害することが許されない…公共の福祉による制限
3. 普遍性：人種や性別に関わりなくあらゆる人間に認められる…外国人や法人の主体性

第2款 基本的人権の分類

1. イエリネックの国民の地位の分類と現代学説の三分法
 - ・ 受動的地位（義務）
 - ・ 消極的地位（自由権）→自由権（精神的自由、経済的自由）
 - ・ 積極的地位（請求権）→社会権（弱者保護）
 - ・ 能動的地位（選挙権）→参政権（選挙・被選挙権）
2. 制度的保障：人権ではない客観的制度の保障
 - ・ 政教分離、大学の自治、私有財産制、地方自治、検閲禁止など
3. 具体的権利／抽象的権利…具体化法がなくても裁判的救済が可能か否か
4. 包括的基本権：13・14条を人権総論と位置づける

第3款 基本的人権の主体

1. 国民
 - ・ 国民の要件を自由に法定できるか：憲法による一定の制限がある
 - ・ 未成年者・高齢者・障害者への特別な自由制限：限られた範囲で可能
2. 天皇・皇族
 - ・ 天皇・皇族否定説：天皇制そのものが憲法上異質な世界
 - ・ 天皇否定、皇族肯定説：天皇は象徴という憲法上特殊な地位
 - ・ 天皇・皇族肯定説：皇室も人間。特別な存在でなくなった（通説）
→いずれにせよ、基本的人権の大幅な制約は正当化される
【最判平 1.11.20】判例（天皇の民事裁判権）[27805172]
一審：却下→控訴棄却→上告棄却
千葉県知事が昭和天皇の病気快癒を願う県民記帳所を設置し、天皇はその費用を不当利得したので相続した今上天皇に対して住民が不当利得返還請求をしたもの（県知事への損害請求は分離された）。
「天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばない」
3. 外国人
 - ・ 否定説：「国民の」権利、11,12,97条、10条の位置、制定時の外国人平等条項削除など
 - ・ 肯定説：自然権、国際協調主義、国際傾向（多数説・判例）
→文言説：「何人」とあるか「国民」とあるかで区別（22条国籍離脱の自由で矛盾）
→性質説：権利の性質に応じて区別（通説・判例）
 - ・ 出入国に関するもの

【最大判昭 53.10.4】マクリーン事件[27000227]

在留期間更新不許可処分取消請求→一審：認容→控訴：破棄（全部棄却）→上告棄却

一年の在留期間で入国し、英語教室に勤めつつ琵琶・琴を習っていた原告が、更新を申請したが 120 日の出国準備期間を許されただけで、さらなる更新を拒絶されたもの。外国人ベ平連で活動していた。

「憲法二二条一項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくする……憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求する権利を保障されているものでもない」
法令合憲：「出入国管理令二一条三項所定の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断における法務大臣の裁量権の範囲が広汎なものとされているのは当然のことであつて、所論のように上陸拒否事由又は退去強制事由に準ずる事由に該当しない限り更新申請を不許可にすることは許されないと解すべきものではない」

適用合憲：「わが国に在留する外国人は……ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎない……したがつて、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないもの……在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとつて好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといつてなんら妨げられるものではない」「上告人の在留期間中のいわゆる政治活動は、その行動の態様などからみて直ちに憲法の保障が及ばない政治活動であるとはいえない」が「わが国の基本的な外交政策を非難し日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえないものも含まれており、被上告人が、当時の内外の情勢にかんがみ、上告人の右活動を日本国にとつて好ましいものではないと評価し、また、上告人の右活動から同人を将来日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者と認めて、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断したとしても、その事実の評価が明白に合理性を欠き、その判断が社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるとはいえず、他に被上告人の判断につき裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたことをうかがわせるに足りる事情の存在が確定されていない本件においては、被上告人の本件処分を違法であると判断することはできない……被上告人が前述の上告人の政治活動をしんじやくして在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないとし本件処分をしたことによつて、なんら所論の違憲の問題は生じないというべき」

【最判平 4.11.16】森川キャサリン事件[25000029]

再入国許可申請不許可処分取消、100 万円請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

留学生として来日後日本人と婚姻し、10 年近く住んでいた原告が、外国人であることを理由にした差別であるとして指紋押捺を拒否していることを理由に韓国への旅行後の再入国許可を得られなかったもの。

一審「我が国への出入国に関する限り、我が国を祖国とする日本国民と外国を祖国とする外国人との間には、法律上、本質的かつ決定的な差異があるものというべきであり、在留外国人の海外旅行の自由を日本国民のそれと同一に論ずることはできないものというべきである。このように、在留外国人の海外旅行の自由は、日本国民のそれと本質的に異なるものであり、憲法二二条二項の規定が、このような両者の間の差異を超えて、特に在留外国人の海外旅行の自由まで保障したものと解する根拠はない（国際平和と国家間の協調を謳う憲法前文及び九

八条二項の規定並びに法の下での平等を規定する憲法一四条の規定も、右のように解する根拠とすることはできない。) から、在留外国人の海外旅行の自由は、憲法上保障されていないものといわなければならない」
最高裁「我が国に在留する外国人は、憲法上、外国へ一時旅行する自由を保障されているものでない」

- ・ 外国人の社会権（社会権規約により国籍条項は削除の流れ）

→許容説（国籍国の責任ゆえ違憲ではない）、要請説（違憲になる）

【最判平 1.3.2】 塩見訴訟[27805367]

国民年金障害福祉年金の裁定請求却下処分取消→一審棄却→控訴棄却→上告棄却

朝鮮人として大阪府で出生し、幼少時に失明して国民年金法施行日に日本国籍がなかった（大韓民国籍）が、日本人と結婚して帰化し日本国籍を得てから受給権の裁定を請求したものの。

憲法 25 条違反：合理性の基準を示し、「障害福祉年金も、制度発足時の経過的な救済措置の一環として設けられた全額国庫負担の無拠出制の年金であつて、立法府は、その支給対象者の決定について、もともと広範な裁量権を有しているものというべきである。加うるに、社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、当該外国人の属する国との外交関係、変動する国際情勢、国内の政治・経済・社会的諸事情等に照らしながら、その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許されるべきことと解される。したがつて、法八一条一項の障害福祉年金の支給対象者から在留外国人を除外することは、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべき」「経過的な性格を有する右障害福祉年金の給付に関し、廃疾の認定日である制度発足時の昭和三四年十一月一日において日本国民であることを要するものと定めることは、合理性を欠くものとはいえない」「国籍条項及び昭和三四年十一月一日より後に帰化によつて日本国籍を取得した者に対し法八一条一項の障害福祉年金の支給をしないことは、憲法二五条の規定に違反するものではない」

14 条 1 項違反：「廃疾の認定日に日本国籍がある者とそうでない者との間に区別が設けられているが、前示のとおり、右障害福祉年金の給付に関し、自国民を在留外国人に優先させることとして在留外国人を支給対象者から除くこと、また廃疾の認定日である制度発足時の昭和三四年十一月一日において日本国民であることを受給資格要件とすることは立法府の裁量の範囲に属する事柄というべきであるから、右取扱いの区別については、その合理性を否定することができず、これを憲法一四条一項に違反するものということとはできない」

98 条 2 項違反：全額国庫負担の場合は社会保障の最低基準に関する条約（ILO102 号条約）68 条 1 但書に該当して明文で反さず、国際人権 A 規約違反も宣言的規定ゆえ具体的権利ではない。

【最判平 16.1.15】 不法残留外国人の国民健康保険加入資格[H14 受 687:民集 58-1-226]

オーバーステイの外国人である上告人が、国民健康保険の被保険者証の交付をしない旨の処分を受けたとして、被上告人市及び国に対し、国家賠償を求めた事案（棄却／棄却）

「国民健康保険は、市町村が保険者となり、その区域内に住所を有する者を被保険者として継続的に保険料等の徴収及び保険給付を行う制度であることに照らすと、法 5 条にいう「住所を有する者」は、市町村の区域内に継続的に生活の本拠を有する者をいう」「在留資格を有しない外国人が法 5 条所定の「住所を有する者」に該当するというためには、単に市町村の区域内に居住しているという事実だけでは足りず、少なくとも、当該外国人が、当該市町村を居住地とする外国人登録をして、入管法 5 0 条所定の在留特別許可を求めており、入国の経緯、入国時の在留資格の有無及び在留期間、その後における在留資格の更新又は変更の経緯、配偶者や子の有無及びその国籍等を含む家族に関する事情、我が国における滞在期間、生活状況等に照らし、当該市町村の区域内で安定した生活を継続的に営み、将来にわたってこれを維持し続ける蓋然性が高いと認められることが必要である」

- ・ 戦後補償に関するもの

【最判平 13.4.5】 在日韓国人元軍属障害年金訴訟[28060722]

障害年金請求却下処分取消請求→一審棄却→控訴棄却→上告棄却

在日韓国人の元軍属が戦傷病者戦没者遺族等援護法に基づく障害年金を請求したが、戸籍法の適用されない者は当分の間対象外のため、請求を却下されたもの（このほか、障害確定日に日本国籍がなく、また昭27年3月末までに国籍を失った者は除外され、また権利があっても国籍を失うと権利を失うとしていた）。

朝鮮の独立を認めたサンフランシスコ平和条約発効の1952.4.28の翌々日4.30に援護法は公布施行され、1日にさかのぼって年金が支給された。

「以上の経緯に照らせば、それまで日本の国内法上で朝鮮人としての法的地位を有していた軍人軍属が援護法の適用から除外されたのは、これらの人々の請求権の処理は平和条約により日本国政府と朝鮮の施政当局との特別取極の主題とされたことから、上記軍人軍属に対する補償問題もまた両政府間の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくものと解されるのであり、そのことには十分な合理的根拠があるものというべきである。したがって、援護法附則2項により、日本の国籍を有する軍人軍属と平和条約の発効により日本の国籍を喪失し朝鮮国籍を取得することとなった軍人軍属との間に区別が生じたとしても、それは以上のような根拠に基づくものである以上、援護法附則2項は、憲法14条1項に関する前記各大法廷判決の趣旨に徴して同項に違反するものとはいえない」

日韓基本条約（日韓請求権協定）での放棄対象に含まれるかは日韓で争いがあり「これらの在日韓国人の軍人軍属は、その公務上の負傷又は疾病等につき日本国からも大韓民国からも何らの補償もされないまま推移した。その結果として、日本人の軍人軍属と在日韓国人の軍人軍属との間に公務上の負傷又は疾病等に対する補償につき差別状態が生じていたことは否めない。上記のとおり援護法附則2項が援護法の制定当時においては十分な合理的根拠を有していたとしても、日韓請求権協定の締結後、上記のような差別状態が生じていたにもかかわらず、立法府が在日韓国人の軍人軍属に対して援護の措置を講ずることなく援護法附則2項を存置してきたことについては、そのことが憲法14条1項に違反しないか否かが更に検討されなければならない」「軍人軍属等の公務上の負傷若しくは疾病又は死亡のような戦争犠牲ないし戦争損害に対する補償は、憲法の予想しないところというべきであり、その補償の要否及び在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、これについては、国家財政、社会経済、戦争によって国民が被った被害の内容、程度等に関する資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたもの」。経過を踏まえれば援護措置をどうするかは「大韓民国やその他の国々との間の高度な政治、外交上の問題でもあるということができ、その決定に当たっては、変動する国際情勢、国内の政治的又は社会的諸事情等をも踏まえた複雑かつ高度に政策的な考慮と判断が要求される……援護法附則2項を存置したことは、いまだ上記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上で行使されるべき立法府の裁量の範囲を著しく逸脱したものとまでいうことはできず、本件各処分当時において憲法14条1項に違反するに至っていたものとするとはできない」

（深澤補足）「このような状態は、ほとんど法の下での平等に反するものといってもいいようなもの」だが立法府の裁量。「平和条約国籍離脱者等である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律」ができたが、「大きな差別状態の解消に十分なものとは評価し難い」「人道的見地に立脚した明確な法的解決が望まれる」

【最判平4.4.28】台湾人元軍人・軍属国賠請求事件[27811622]

各500万円請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

戦傷した元軍人・軍属、戦死した軍属の家族が賠償請求をしたもの。控訴審で予備的に補償立法をしないことの違憲確認請求も追加。

29条3項「戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡に係わる非常事態の下では、国民の等しく受忍しなければならないところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎない」→不適用

14条（戦傷病者戦没者遺族等援護法・恩給法がいずれも国籍条項で除外されている点）「台湾住民である軍人軍属が援護法及び恩給法の適用から除外されたのは、台湾住民の請求権の処理は日本国との平和条約及び日華平和条約により日本国政府と中華民国政府との特別取極の主題とされたことから、台湾住民である軍人軍属に対する

補償問題もまた両国政府の外交交渉によって解決されることが予定されたことに基づくものと解されるのであり、そのことには十分な合理的根拠があるものというべきである。したがって、本件国籍条項により、日本の国籍を有する軍人軍属と台湾住民である軍人軍属との間に差別が生じているとしても、それは右のような根拠に基づくものである以上、本件国籍条項は、憲法一四条に関する前記大法廷判例の趣旨に徴して同条に違反するものとはいえない。中華民国を承認しなくなったため、特別取極めが成立するのは事実上不可能になったが「そのことのゆえに本件国籍条項が違憲となるべき理由はなく、右のような現実を考慮して、我が国が台湾住民である軍人軍属に対していかなる措置を講ずべきかは、立法政策に属する問題というべき」

（園部補足）「特別取極めが締結できないこととなったのは、国際的な諸事情によるものでやむを得ないことであるとはいえ、右の取極めの締結を前提として前記国籍条項が設けられたこともまた否定することのできない事実である以上、右取極めについての協議ができないこととなった時点から、右国籍条項適用の結果生じている状態が法の下での平等の原則に反する差別となっていることは、率直に認めなければならない」が、立法の問題である。

【最判平 16.11.29】 韓国人戦争犠牲者補償請求事件[28092957]

元軍人軍属・元従軍慰安婦による損害賠償請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「軍人軍属関係の上告人らが被った損失は、第二次世界大戦及びその敗戦によって生じた戦争犠牲ないし戦争損害に属するものであって、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところというべきであり、このような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては、単に政策的見地からの配慮をするかどうかを考えられるにすぎないとするのが、当裁判所の判例の趣旨とするところである」「いわゆる軍隊慰安婦関係の上告人らが被った損失は、憲法の施行前の行為によって生じたものであるから、憲法29条3項が適用されないことは明らか」

日韓基本条約（日韓請求権協定）後も戦傷病者戦没者遺族等援護法をそのままにしたのも違憲でない。

・外国人の参政権

禁止説（国民主権、15条）・許容説・要請説

【最判平 5.2.26】 国会議員選挙の投票権は外国人になくても合憲

【最判平 10.3.13】 国会議員選挙の立候補は外国人になくても合憲

【最判平 7.2.28】 地方選挙の投票権は外国人になくても合憲、永住者に付与しても違憲でない

・外国人の公務員就任権

【最大判平 17.1.26】 判例（外国人の公務就任権） [28100274]

管理職選考受験資格確認、200万円請求→一審：確認却下、請求棄却→控訴：資格確認の控訴棄却、40万円認容（国籍要件が不要な管理職もあるから）→上告：破棄（原告全部敗訴）

大韓民国籍の特別永住者で東京都の保健婦である原告が、日本国籍がないことを理由に管理職選考試験（技術系の選考区分生化学）の申込書受け取りを拒否されたもの。

「管理職への昇任は、昇格等を伴うのが通例であるから、在留外国人を職員に採用するに当たって管理職への昇任を前提としない条件の下でのみ就任を認めることとする場合には、そのように取り扱うことにつき合理的な理由が存在することが必要」「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするものについては……国民主権の原理に基づき……原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではない……普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができる……普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができるこ

ととする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではないと解するのが相当である。そして、この理は、前記の特別永住者についても異なるものではない」

東京都では「管理職に昇任すれば、いずれは公権力行使等地方公務員に就任することのあることが当然の前提とされていた」から「合理的な理由に基づいて日本の国籍を有する職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではない。原審がいうように、上告人の管理職のうちに、企画や専門分野の研究を行うなどの職務を行うにとどまり、公権力行使等地方公務員には当たらないものも若干存在していたとしても、上記判断を左右するものではない」

（藤田補足）特別永住者は出入国管理法上の問題。外国人の公務就任権は違憲でないが積極保障は飛躍。

（金谷意見）外国人の公務員就任権は立法の問題で、一部につき認めるのも立法上合憲

（上田意見）就任の可否・昇任の程度につき裁量があり、逸脱しない限り合憲

（滝井反対）外国人が就任できる管理職がどの程度か都は立証しておらず、選考時点で排除するのは違憲。特別永住者であることも考慮すべきではないか。結論上告棄却

（泉反対）「特別永住者の法的地位、職業選択の自由の人格権の側面、特別永住者の住民としての権利等を考慮すれば、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求される」選考に合格してもすぐ課長以上にはならず、また自己統治に密接に関わらないものもあるから目的・関連性とも不十分で上告棄却。

4. 団体

- ・ 否定説（禁止説・許容説）：人間の尊厳・個人主義、結社の自由でよい
- ・ 肯定説（性質説）：団体の社会的実在、団体と自然人のむすびつき、営利企業や宗教団体の存在

【最大決昭 44.11.26】博多駅TVフィルム事件（報道機関も権利主体）[後掲 27760891]

【最大判昭 45.6.24】八幡製鉄所政治献金事件[27000715]

350万円請求→一審：認容→控訴：請求棄却→上告棄却

八幡製鉄所株式会社が自民党に350万円を政治献金したため、定款所在の事業目的の範囲外であるとして代表取締役2名の責任を株主が追求したもの。

「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえで直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに含まれる……必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要であつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならない」

「憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素……政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事……その健全な発展に協力することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待されるべきであり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではない……会社の構成員が政治的信条を同じくするものでないとしても、会社による政治資金の寄附が、特定の構成員の利益を図りまたその政治的志向を満足させるためでなく、社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請されるかぎりにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえない……会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げないのである」

「憲法上の選挙権その他のいわゆる参政権が自然人たる国民にのみ認められたものであることは、所論のとおりである。しかし、会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁

圧すべき理由はない。のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない]

（松田意見、入江・長部・岩田同調）会社の資産を傾けるほどの寄附が有効かは疑問の余地があるが、取締役の責任追及においては、取締役の善管義務・忠実義務として問題があるか判断すればよい。

（大隅意見）法人の社会的実在性により特別に認められるので、あまりに多額なら権利能力の範囲を逸脱する

第2節 基本的人権の限界

第1款 公共の福祉による制約

1. 公共の福祉の意味

①外在的制約説：すべての自由に公共の福祉による外在的制約がかかる（12/13条）

←22/29条で公共の福祉を明記していることを軽視

②二元的制約説：精神的自由は内在的/経済的自由は公共の福祉による政策的制約（22/29条）

←12/13条の存在を軽視

③内在的制約説：すべての自由に公共の福祉による内在的制約

+精神的自由は自由国家的公共の福祉による制約（12/13条）←権利調整

+経済的自由は社会国家的公共の福祉による制約（22/29条）←弱者保護

←自由国家的/社会国家的公共の福祉の違いは？

2. 比較衡量論

①個別的比較衡量：個別利益を比較 ← 裁判官の恣意、公益に偏りやすい

②定義的衡量・限界確定衡量：合憲の限界を定型化する

3. 二重の基準論：権利の重要性・民主主義との関係で基準を決める

厳格審査：やむにやまれぬ目的/必要最小限度の手段/違憲性の推定

中間審査：重要な目的/実質的関連性ある手段/立証責任は？

合理性審査：何らかの合理性ある目的・手段/合憲性の推定

第2款 特別権力関係論

1. 特別権力関係：法律の規定や本人の同意により国家と個人との間に成立する特別な関係

- ・法律の規定：囚人・法定伝染病患者・公立小中学生、契約：公務員、国立学校学生、施設利用者
- ・伝統理論 ← 個別的・具体的に必要かつ合理的な自由制限だけが許容／特別権力関係論自体不要
 - ①法治主義の排斥：法律の根拠によらない包括的支配権
 - ②人権保障の排斥：基本的人権の広範な制限
 - ③司法判断の排斥：司法判断が及ばない

2. 公務員

- ・修正後の特別権力関係論、公共の福祉、国民全体の利益、公務員は全体の奉仕者ゆえ制限
←最高裁：基本的人権は保障されるが、目的の正当性、手段の合理的関連性、利益衡量で判断
- ・公務員の勤務時間外の政治活動

【最大判昭 49.11.6 刑集 28-9-393】猿払事件[S44 あ 1501]

総選挙に際して、勤務時間外に非管理職の郵政事務官がポスターを掲出するなどした行為が国家公務員法に反するとされたもの。一審無罪→検察控訴棄却→検察上告破棄自判（罰金 5,000 円）

「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがって、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない」

「このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものというべきである。また、右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」

「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」

（大隅、関根、小川、坂本反対） 刑罰規定であるのに人事院規則へ委任するのは違憲

【最判平 24.12.7 刑集 66-12-1337】堀越事件（公務員の政治活動）[H22 あ 762]

国家公務員法違反：一審：罰金 10 万円猶予 2 年→控訴：無罪→上告棄却

年金審査官の厚労事務官が 2003 年の総選挙で赤旗号外をポスティングしたものを。

「規制の目的やその対象となる政治的行為の内容等に鑑みると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、

職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となる」

「本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない」

(千葉補足) あくまで具体的事件につき最高裁は判断するから猿払事件とは抵触しない

(須藤意見) 勤務外で公務員であることを明らかにしないから、管理的地位の有無等を問わず無罪である

【最判平 24.12.7】世田谷事件（公務員の政治活動）[25445107]

国家公務員法違反：一審：罰金 10 万円→控訴棄却→上告棄却

課長補佐の厚労事務官が 2005 年 9 月に赤旗号外を警視庁職員宿舎にポスティングしたものを。

「被告人は、厚生労働省大臣官房統計情報部社会統計課長補佐であり……所定の管理職員等に当たり……指揮命令や指導監督等を通じて他の多数の職員の職務の遂行に影響を及ぼすことのできる地位にあったといえる。このような地位及び職務の内容や権限を担っていた被告人が政党機関紙の配布という特定の政党を積極的に支援する行動を行うことについては、それが勤務外のものであったとしても、国民全体の奉仕者として政治的に中立な姿勢を特に堅持すべき立場にある管理職的地位の公務員が殊更にこのような一定の政治的傾向を顕著に示す行動に出ているのであるから、当該公務員による裁量権を伴う職務権限の行使の過程の様々な場面でその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まり、その指揮命令や指導監督を通じてその部下等の職務の遂行や組織の運営にもその傾向に沿った影響を及ぼすことになりかねない。したがって、これらによって、当該公務員及びその属する行政組織の職務の遂行の政治的中立性が損なわれるおそれが実質的に生ずるものといえることができる」

(須藤反対) 「被告人の本件配布行為からうかがわれる政治的傾向が被告人の職務の遂行に反映する機序あるいは蓋然性について合理的に説明できる結び付きは認めることができず、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるとはいえないというべきである」から、管理職地位でも無罪である

・ 裁判官の政治活動

【最大決平 10.12.1】裁判官分限手続の非公開は合憲（寺西判事補事件）[後掲 27000662]

判事補の政治活動による戒告処分への即時抗告事件

「憲法二一条一項の表現の自由は基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、その保障は裁判官にも及び、裁判官も一市民として右自由を有することは当然……憲法上の特別な地位である裁判官の職にある者の言動については、おのずから一定の制約を免れない……裁判官に対し「積極的に政治運動をすること」を禁止することは、必然的に裁判官の表現の自由を一定範囲で制約することにはなるが、右制約が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところ……禁止の目的が正当であって、その目的と禁止との間に合理的関連性があり、禁止により得られる利益と失われる利益との均衡を失するものでないなら、憲法二一条一項に違反しない」「禁止の目的は、前記のとおり、裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律することにあり、この立法目的は、もとより正当」「裁判官が積極的に政治運動をすることは前記のように裁判官の独立及び中立・公正を害し、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれが大きいから、積極的に政治運動をすることを禁止することと右の禁止目的との間に合理的な関連性があることは明らかで……裁判官が積極的に政治運動をすることを、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動もたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎず、かつ、積極的に政治運動をすること以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではない。他面、禁止により得られる利益は、裁判官の独立及び中立・公正を確

保し、裁判に対する国民の信頼を維持するなどというものであるから、得られる利益は失われる利益に比して更に重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失うものではない。そして、「積極的に政治運動をすること」という文言が文面上不明確であるともいえないことは、前記1に示したところから明らかである。したがって、裁判官が「積極的に政治運動をすること」を禁止することは、もとより憲法二一条一項に違反するものではない」

- ・ 労働公安事件：現業公務員の暴力等を伴わない争議行為は刑事罰の対象外

【最大判昭 41.10.26 刑集 20-8-901】全通東京中郵事件（郵便法違反教唆）[S39 あ 296]

一審無罪→検察控訴：破棄差戻し→被告人上告：破棄差戻し→差戻控訴：控訴棄却

郵便局員を教唆して争議行為として郵便不取扱をさせたところ、郵便法の郵便不取扱罪の教唆に問われたもの。

「争議行為が労組法一条一項の目的のためであり、暴力の行使その他の不当性を伴わないときは、前に述べたように、正当な争議行為として刑事制裁を科せられないものであり、労組法一条二項が明らかにしているとおり、郵便法の罰則は適用されないこととなる。これを逆にいえば、争議行為が労組法一条一項の目的に副わず、または暴力の行使その他の不当性を伴う場合には、右の罰則が適用される。また、その違法な争議を教唆した者は、刑法の定めるところにより、共犯の責を免れない」→本件は不当性がなく無罪

（奥野反対、草鹿反対、石田反対）公務員の争議行為は違法だから労組法 1-2 は適用されない。

（五鬼上反対）労組法 1-2 が適用されるとしても、公務員の争議行為は違法だから正当な行為ではない。

- ・ 国家公務員・地方公務員の争議行為に二重の絞り論適用

【最大判昭 44.4.2 刑集 23-5-305】都教組事件（地方公務員法違反）[S41 あ 401]

都教組の役員がストライキをさせるために集会参加をあおり行為（地方公務員法違反）としたもの。勤務評定反対闘争の一環として、8時から職場集会を実施したもの。無罪→破棄自判（猶予付懲役）→破棄自判（無罪）

合憲限定解釈によって地方公務員法は合憲としつつ、刑事罰適用には争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為等のあおり行為等であつてはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨と解すべき」とする二重の絞り論を展開。

「その争議行為が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいて国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といつても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによって実現しようとする法益との比較較量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である」

「争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない。それは、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるということができるとしても、争議行為の一環としての行為にほかならず、これらのあおり行為等をすべて安易に処罰すべきものとするれば、争議行為者不処罰の建前をとる前示地公法の原則に矛盾することにならざるをえないからである」

（松田補足）全通中郵事件の趣旨は「行為の違法性を一義的に解すべきでなく、刑法において違法とされるか否かは、他の法域における違法性と無関係ではないが、しかし、別個独立に考察されるべき問題である」とし、「反対意見が違法性を一義的に解することは、ややもすると、違法即刑罰とする考に導き易いことを私は虞れる」

（入江意見）全司法仙台事件に同旨

（岩田意見）争議行為の程度ではなく目的を踏まえるべき、あおり行為は争議行為に通常随伴するから不可罰。

（奥野、草鹿、石田、下村、松本反対）条文の解釈の域を逸脱し許されない。

- ・ 二重の絞り論放棄、法秩序全体の見地からみて許容されるか否か

【最大判昭 48.4.25 刑集 27-4-547】全農林警職法事件[S43 あ 2780]

一審無罪→検察控訴：罰金 5 万円→被告人上告棄却

全農林が警職法反対闘争のため、12 時出勤の半日ストをしたもの。

「この労働基本権は、右のように、勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであつて、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法一三条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところ」→公務員の場合私企業と異なる理由を挙げ、争議行為禁止は合憲とする。

「とくに勤労者なるがゆえに、本来経済的地位向上のための手段として認められた争議行為をその政治的主張貫徹のための手段として使用しうる特権をもつものとはいえないから、かかる争議行為が表現の自由として特別に保障されるということは、本来ありえないものというべきである」

「あおり」の定義の限定解釈を否定し、全司法仙台事件の判例を変更。

(石田、村上、藤林、岡原、下田、岸、天野補足) 田中らの意見を非難

(岸、天野補足)「代償措置が迅速公平にその本来の機能をはたさず実際に画餅にひとしいとみられる事態が生じた場合には、公務員がこの制度の正常な運用を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為にでたとしても、それは、憲法上保障された争議行為であるというべき」

(岩田意見) 都教組事件に同旨。多数意見は限定解釈不要とするが同意できない。

(田中、大隅、岸根、小川、坂本意見) 限定解釈をしないのは間違っている。

(色川反対) 多数意見は争議行為禁止の理由は説明するが、刑罰まで科す理由を説明していないし、それによれば参加者は全員有罪にしうる(スト自体組員全員の共謀ではないか)。反対理由は全司法事件とおなじ。

【最大判昭 51.5.21 刑集 30-5-1178】岩手県教組学力テスト事件[S41 あ 1275]

一審：懲役 8 月～1 年猶予 2 年→被告人控訴：無罪→検察上告：一審と同じ

岩手県教組の役員が全国一斉学力テストに反対してテスト責任者返上等の争議行為をそそのかし(地方公務員法違反)、さらに道路にピケを張ってテスト立会人の通行を妨害したもの(道交法違反)。

地方公務員法でも争議あおり行為処罰規定に限定解釈は不要。「争議行為に違法性の強いものと弱いものとを区別して、前者のみが同条同号にいう争議行為にあたるものとし、更にまた、右争議行為の遂行を共謀し、そそのかし、又はあおる等の行為についても、いわゆる争議行為に通常随伴する行為は単なる争議参加行為と同じく可罰性を有しないものとして右規定の適用外に置かれるべきであると解しなければならぬ理由はなく、このような解釈を是認することはできないのである」

(岸・天野補足) 代償措置が機能を果たすべき、という意見で全農林警職法事件を引用

(坂本意見) 限定解釈は必要だが、本件は適法な争議行為ではない。

(団藤補足・反対) 岸・天野補足に賛同。道交法違反は一般人は通っていたから、表現の自由の問題で無罪。

・ 現業公務員の争議行為を刑事罰の対象に戻す

【最大判昭 52.5.4 刑集 31-3-182】名古屋中郵事件[S44 あ 2571]

郵便法違反幫助、建造物侵入、公務執行妨害

一審：罰金 1,000 円(公妨は無罪)→双方控訴：無罪→検察上告：一審と同じ

全通の役員が勤務時間に食い込む職場大会へ参加を勧誘し(建造物侵入、郵便法違反教唆→すでに参加を決意していたから幫助を認定)、それを報告した課主事をピケを組んで連れ出したもの(建造物侵入、公務執行妨害)。現業公務員への争議行為禁止を合憲(禁止は立法裁量で、争議権を付与しても合憲と言及)

実際の争議行為を罰するかどうかは「広く憲法及び法律の趣旨にかえりみて、解釈上、違法性の阻却を肯定する余地があるかどうかを考察したうえで結論を下すことが必要」「公労法一七条一項違反の争議行為についても労組法一条二項の適用があり、原則としてその刑事法上の違法性が阻却されたとした点において、東京中郵事件判決は、変更を免れないこととなるのである」公労法により単純参加が不可罰になったため、郵便法違反は単純参加者については観念的競合で無罪になるが、教唆は公労法でも違法なので有罪になる。

(高辻補足) 先の岸・天野補足に同旨。

(下田意見) 郵便不取扱は他の現業公務員と違って深刻だから単純参加も罰すべき

(団藤反対) 公労委の斡旋が始まっていないから争議行為として保護すべき

(環反対) 労組法 1 条 2 項を適用すべし

- ・ 国公立学校学生：特別権力関係論に言及せず、部分社会論で判断 (→私立学校にも該当)

【最大判昭 52.3.15 民集 31-2-234】 富山大学事件[27000289]

①経済学部長宛単位授与・不授与、専攻科修了・未修了決定しないことの違法確認、②学長宛同旨、③学部長宛単位取得、専攻科修了認定義務確認、④学長宛同旨：一審：却下→控訴：修了のみ差戻し、他棄却→上告棄却
担当教授が成績証明書を偽造したことが原因で授業が停止となり、代替の授業・演習履修が指示されたのに、同教授の授業・演習に出席し試験を受けて合格したとして単位の授与・不授与の決定を請求した。学長は措置が違法として学部長に撤回を指示したが、学部長は従わなかった。

「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究施設であつて、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係の有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものである」「単位授与（認定）行為は、他にそれが一般市民法秩序と直接の関係を有するものであることを肯認するに足りる特段の事情のない限り、純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであつて、裁判所の司法審査の対象にはならない」

- ・ 刑事施設の被収容者：特別権力関係論には言及せず、刑事施設では必要かつ合理的制限を認容

【最大判平 10.4.24 判時 1218-1】 判例（在監者の信書発受）[H5 才 2005]

国賠 180 万円請求→一審：接見禁止処分につき 20 万円→控訴：便箋の表紙裏を使ったことへの懲罰と裸体検診の慰謝料各 10 万円→上告：

受刑者が立て続けに 4 名死亡した刑務所で、新聞記事が実際と違うため不安を抱いた受刑者たる原告が弁護士に依頼をしようとしたところ、弁護士の接見依頼を拒否し、さらに約 1200 日厳正独居拘禁とされたほか、懲罰を受け、新聞も墨塗りにされたもの。原告はアナーキスト？黒ヘル。

本件の事実関係のもとでは、「本件の厳正独居拘禁及びその更新が違法なものとはいえない」「軽・禁及び文書図画閲覧禁止各一〇日の懲罰が違法なものとはいえない」「監獄内の規律及び秩序の維持に障害を生ずること並びに受刑者の教化を妨げることを理由とする新聞記事、機関紙の記事、上告人の受信した信書及び上告人の発信した信書の一部抹消が違法なものとはいえない」

【最判平 11.2.26 判時 1682-12】 判例（死刑囚の信書発受不許可）[H7 行ツ 66]

読売新聞への投稿文発信不許可処分取消・5 万円→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

死刑囚が死刑制度存続の是非に関する投稿文の発信を不許可とされたもの。親族等「本人の心情の安定に資すると認められる者」以外は「必要かつやむを得ないと認められる場合」のみ許可されていた。

「死刑確定者の拘禁の趣旨、目的、特質にかんがみれば、監獄法四六条一項に基づく死刑確定者の信書の発送の許否は、死刑確定者の心情の安定にも十分配慮して、死刑の執行に至るまでの間、社会から厳重に隔離してその身柄を確保するとともに、拘置所内の規律及び秩序が放置することができない程度に害されることがないようにするために、これを制限することが必要かつ合理的であるか否かを判断して決定すべきものであり、具体的場合における右判断は拘置所長の裁量にゆだねられている」「事実関係の下においては、同被上告人のした判断に右裁量の範囲を逸脱した違法があるとはいえない」

(河合反対)「死刑確定者の発信については、その権利の性質上、原則は自由であり、一定の必要性・合理性が

認められる場合にのみ例外的に制限されるもの」で拘置所の基準は原則例外が逆転しており破棄差戻し。

【東京高判平 7.8.10】判例（死刑判決上告中の者と雑誌編集者との接見拒否）[25000003]

①拘置所長宛取材目的接見不許可処分取消②国宛 75 万円→一審：①却下②棄却→控訴棄却→たぶん上告棄却
「面会の目的が取材のためでなく、面会内容は一切公表しない」と記載した誓約書を拒否したため死刑判決を受けて上告中の原告 A との接見を拒否された雑誌編集者の原告 B によるもの。

「控訴人 B が K との接見では誓約書を無視する行動に出、かつ、数回面接していた K の期待に反し、心情を害する報道をしたことを考えると、当初から誓約書の提出を拒否し、積極的に取材目的の接見を希望している本件において、無条件に接見を許可した場合、控訴人 A の心情等には意を用いず、興味本位と見られるような記事を公表する可能性があり、いったん公表されると読者の制限のみではこれが被勾留者に伝達されることを阻止しえないことは見易いところであるから、名古屋拘置所長が前認定の諸事情の下においては、第一、二審で死刑判決を受け、上告審判決を間近に控え不安定な心理状態にある控訴人 A の心情が害される蓋然性があり、その結果、同控訴人が精神的に動揺して規律違反、職員等に対する暴行、自殺、自傷事故等を起こすことにより、勾留目的を阻害し、拘置所内の規律・秩序の維持上、放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があるとした同拘置所長の認定・判断には合理的な根拠がある……それ故、右の障害発生を防止し、かつ、控訴人らの利益をも考慮して、控訴人 B に対し、控訴人 A との接見自体は許可すべきものとしつつも、誓約書を提出することによって接見内容を公表しないことを誓約することを接見許可の条件として控訴人対馬に求めることとした同拘置所長の判断は、社会通念に照らして著しく妥当を欠くものとはいえない。そうすると、控訴人 B が右のような同拘置所長の求めに応じず、あるいはこれに応じないことが明らかであったため右のような求めをするまでもなく、本件各接見不許可処分が行われたことをもって裁量権の範囲の逸脱又は濫用の違法があるとはいえない」

【最判平 18.3.23 判時 1929-37】判例（発信不許可が裁量逸脱と認めた例）[H15 才 422 等]

請求不明：上告：破棄自判（1 万円）

受刑者処遇について国会議員に請願をし、刑務所職員を告訴告発した受刑者がその取材等を求める手紙を新聞社に送ろうとしたが不許可となったもの。

「憲法 2 1 条の規定の趣旨、目的にかんがみると、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は、受刑者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該信書の内容その他の具体的事情の下で、これを許すことにより、監獄内の規律及び秩序の維持、受刑者の身柄の確保、受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限り、これを制限することが許される……その制限の程度は、上記の障害の発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべき……監獄法 4 6 条 2 項は、その文言上は、特に必要があると認められる場合に限り上記信書の発受を許すものとしているようにみられるけれども、上記信書の発受の必要性は広く認められ、上記要件及び範囲でのみその制限が許されることを定めたものと解するのが相当であり、したがって、同項が憲法 2 1 条、1 4 条 1 項に違反するものでない」

既に提出した請願の取材依頼である「本件信書の発信を許すことによって熊本刑務所内に上記の障害が生ずる相当の蓋然性があるということができない」から裁量権逸脱・濫用で違法である。

- ・ 国による私法上の行為：私人間効力による

【最大判平 1.6.20】百里基地訴訟[27804472]

不動産所有権確認・移転登記抹消請求本訴、同反訴、不動産所有権確認・停止条件付所有権移転仮登記抹消登記請求本訴、同反訴：一審：国側勝訴→控訴棄却→上告棄却

小切手不渡りにより原告が被告への土地売却契約を解除し、百里基地建設のため国に売却したものを。国も原告。被告は百里基地建設のための解除であり、違憲で解除の意思表示は公序良俗違反で無効と主張した。

一審は私法上の契約ゆえ 98 条違反でなく、9 条違反が明白でなく、平和的生存権も具体的・個別的に定立されていないから公序良俗違反ではないとした。控訴審は国と私人の私法上の契約であり 98,99 条違反ではなく、自衛隊が違憲としてもそれが社会の存立、発展を脅かすほどに至るほど反社会的、反道徳的であることについて、

社会一般の認識として確立されているとまでいえないから公序良俗違反とはいえないとした。

「憲法九八条一項……にいう「国務に関するその他の行為」とは……公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味し……国の行為であつても、私人と対等の立場で行う国の行為は、右のような法規範の定立を伴わないから憲法九八条一項にいう「国務に関するその他の行為」に該当しない……本件売買契約は、国が行つた行為ではあるが、私人と対等の立場で行つた私法上の行為であり、右のような法規範の定立を伴わないことが明らかであるから、憲法九八条一項にいう「国務に関するその他の行為」には該当しない」

「平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず、また、憲法九条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではない」本件契約は「個別的な事情を踏まえて交渉を重ねた結果締結された一連の売買契約の一つであつて、右に説示したような特段の事情は認められず、したがつて、本件売買契約は、私的自治の原則に則つて成立した純粋な財産上の取引であるということができ、本件売買契約に憲法九条が直接適用される余地はない」「自衛隊法及び防衛庁設置法は、昭和二九年六月憲法九条の有する意義及び内容について自衛のための措置やそのための実力組織の保持は禁止されないとの解釈のもとで制定された法律であつて、自衛隊は、右のような法律に基づいて設置された組織であるところ、本件売買契約が締結された昭和三年当時、私法的な価値秩序のもとにおいては、自衛隊のために国と私人との間で、売買契約その他の私法上の契約を締結することは、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立していたということとはできない」から私法上無効とは言えない。

(伊藤補足) 社会実情にそのまま依存・追従すべきではないが、憲法を踏まえても民法 90 条違反とはいえない。

第3款 私人間効力論

1. 社会的権力（企業・団体）による人権侵害（自由やプライバシー）

- ①無効力説：人権規定は私人間に適用されない ← 人権保障の軽視
- ②間接効力説：私法の一般条項を媒介して人権規定の趣旨・精神が間接的に私人間に及ぶ
←折衷的で論理的整合性に欠ける、私法の一般条項を改定して人権を制約できる
- ③直接効力説：人権規定は私人間に直接適用される ∴憲法は社会的権力を含む権力の統制
←私的自治を害する、憲法規定が私人への義務規定になる、「社会的権力」って何？
- ④役割分担説：アメリカのステイト・アクション論を参考にしたもの ← 折衷的すぎる
法律行為・概括的法令に基づく事実行為による侵害 → 間接適用
純然たる事実行為による侵害 → 直接適用
- ⑤カテゴリー化説：問題となる場面を場合分けし、無適用・間接適用・直接適用に分類する
※従来理論は裁判官の裁量が大きすぎる ← この理論は複雑すぎる
- ⑥保護義務・保護請求権説：私人による侵害からの保護義務があり、国家が放置するのは違憲
←対政府性が強すぎる、政府による介入の正当化、自由権の保護請求権化
- ⑦政府行為・政府同視説：私人の行為が政府行為と同視できれば（関係すれば）憲法を適用する
←そうでない場合はすべて救済できなくなる（アメリカのステイトアクション論の輸入）
- ⑧私法行為説：裁判所が救済を拒否すること自体が憲法上の侵害になる
←司法判断を介在させるとすべて対政府紛争になり、民事訴訟で違憲主張がし放題になる
- ⑨合憲解釈説：私法の一般条項を合憲的に解釈すれば足りる
←一般条項が存在しなければ憲法は私人間に適用されない
- ⑩自然権説：私法の一般条項による解決は自然権としての人権の相互調整である
←そもそも憲法は対政府性一本か、自然権を承認しないと成り立たない
- ⑪原則妥当説：基本的人権は原則妥当するが、妥当の仕方が異なる
- ⑫一部肯定説：根源的利益に関わる人権は個別的に私人間効力を肯定
←自然権説を基礎にしつつ、人種や性別による差別などは直接適用
- ⑬原則規範説：人権規定のうち原則規範については直接私人間効力を肯定
- ⑭相関関係説：政府との結びつきの度合いと侵害どの大きさとの相関関係に応じて判断

2. 判例：民法 90 条などにより解決

【最大判昭 48.12.12】三菱樹脂事件[27000458]

雇用関係確認・賃金請求：一審：認容→被告控訴棄却→上告：破棄差戻し

東北大学在学中の学生自治会中央委員や生協理事・組織部長にあったことを告げず、また同大学生活部員として手当を受けたと詐称して就職したが、試用期間中に発覚して解雇されたもの。

「憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつばら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつ

ては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである」

「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない……憲法一四条の規定が私人のこのような行為を直接禁止するものでないことは前記のとおりであり、また、労働基準法三条は労働者の信条によつて賃金その他の労働条件につき差別することを禁じているが、これは、雇入れ後における労働条件についての制限であつて、雇入れそのものを制約する規定ではない。また、思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない」

「被上告人を解雇しうる客観的に合理的な理由となるかどうかを判断するためには、まず被上告人に秘匿等の事実があつたかどうか、秘匿等にかかる団体加入や学生運動参加の内容、態様および程度、とくに違法にわたる行為があつたかどうか、ならびに秘匿等の動機、理由等に関する事実関係を明らかにし、これらの事実関係に照らして、被上告人の秘匿等の行為および秘匿等にかかる事実が同人の入社後における行動、態度の予測やその人物評価等に及ぼす影響を検討し、それが企業者の採否決定につき有する意義と重要性を勘案し、これらを総合して上記の合理的理由の有無を判断しなければならない」として破棄差戻し

【最判昭 49.7.19】 昭和女子大事件[27000427]

昭和女子大の学生の身分確認請求→一審：確認→控訴：破棄（請求棄却）→上告棄却

生活要録に反して学内での法案反対請願署名を集めたことや民青に加入していることから登校禁止を言い渡され、学外でその顛末を批判したことから退学処分となつたもの。

「右生活要録の規定は、その文言に徴しても、被上告人大学の学生の選挙権若しくは請願権の行使又はその教育を受ける権利と直接かかわりのないものであるから、所論のうち右規定が憲法一五条、一六条及び二六条に違反する旨の主張は、その前提において既に失当である。また、憲法一九条、二一条、二三条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であつて、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでないことは、当裁判所大法廷判例の示すところである。したがつて、その趣旨に徴すれば、私立学校である被上告人大学の学則の細則としての性質をもつ前記生活要録の規定について直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はない」

「学生の政治的活動を学の内外を問わず全く自由に放任するときは、あるいは学生が学業を疎かにし、あるいは学内における教育及び研究の環境を乱し、本人及び他の学生に対する教育目的の達成や研究の遂行をそこなう等大学の設置目的の実現を妨げるおそれがあるのであるから、大学当局がこれらの政治的活動に対してなんらかの規制を加えること自体は十分にその合理性を首肯しうるところであるとともに、私立大学のなかでも、学生の勉学専念を特に重視しあるいは比較的保守的な校風を有する大学がその教育方針に照らし学生の政治的活動はできるだけ制限するのが教育上適当であるとの見地から、学内及び学外における学生の政治的活動につきかなり広範な規律を及ぼすこととしても、これをもつて直ちに社会通念上学生の自由に対する不合理な制限であるということとはできない」

「実社会の政治的社会的活動にあたる行為を理由として退学処分を行うことが、直ちに学生の学問の自由及び教育を受ける権利を侵害し公序良俗に違反するものでないこと」

「事件の発端以来退学処分に至るまでの間に被上告人大学のとつた措置が教育的見地から批判の対象となるか

どうかはともかく、大学当局が、上告人らに同大学の教育方針に従った改善を期待しえず教育目的を達成する見込が失われたとして、同人らの前記一連の行為を「学内の秩序を乱し、その他学生としての本分に反した」と認められた判断は、社会通念上合理性を欠くものであるとはいいがたく、結局、本件退学処分は、懲戒権者に認められた裁量権の範囲内にあるもの」

【最判昭 56.3.24】日産自動車事件[27000144]

男7女2名の雇用契約存在確認・損害賠償請求→一審(東京地判昭 48.3.23):女2雇用確認、男1損害 100万、他棄却→控訴審(東京高判昭 54.3.12) 会社が女1名に控訴・付帯控訴:会社控訴棄却・付帯控訴給与相当額賠償請求認容、男3名控訴棄却→会社上告:棄却

なお、もとは富士産業が昭 24 に行った男6女2名への整理解雇であり、提訴は昭 28。男1・女2は解雇権濫用で救済され、うち女性の1名は地位保全仮処分により再び就労していたが、一審前(S44.1.14に50歳→末日解雇)に男性55歳に対して女性50歳定年により解雇されていた。男1名は単に55歳の定年退職の無効を争ったものと思われる。このあと男性60、女性55歳になったらしく、高裁以降はそれで判定している。

「上告会社の就業規則は男子の定年年齢を六〇歳、女子の定年年齢を五五歳と規定しているところ、右の男女別定年制に合理性があるか否かにつき、原審は、上告会社における女子従業員の担当職種、男女従業員の勤続年数、高齢女子労働者の労働能力、定年制の一般的現状等諸般の事情を検討したうえ、上告会社においては、女子従業員の担当職務は相当広範囲にわたつていて、従業員の努力と上告会社の活用策いかんによつては貢献度を上げる職種が数多く含まれており、女子従業員各個人の能力等の評価を離れて、その全体を上告会社に対する貢献度の上からない従業員と断定する根拠はないこと、しかも、女子従業員について労働の質量が向上しないのに実質賃金が上昇するという不均衡が生じていると認めるべき根拠はないこと、少なくとも六〇歳前後までは、男女とも通常の職務であれば企業経営上要求される職務遂行能力に欠けることなく、各個人の労働能力の差異に応じた取扱がされるのは格別、一律に従業員として不適格とみて企業外へ排除するまでの理由はないことなど、上告会社の企業経営上の観点から定年年齢において女子を差別しなければならない合理的理由は認められない旨認定判断したものであり、右認定判断は、原判決挙示の証拠関係及びその説示に照らし、正当」「上告会社の就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことには帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である(憲法一四一条一項、民法一条ノ二参照)。」

【最判平 3.9.3】東京学院高校バイク訴訟[27814314]

300万円請求→一審:棄却→控訴審不明→上告棄却

三ない校則に反してバイク免許を持ち、買ってもらった生徒が、他の生徒にバイクを貸し、さらにそれを転貸された生徒が無免許運転中見つかって逃げようとして警察官に怪我を負わせたことが発覚し、自主退学を勧告されやむを得ず退学したもの。

「いわゆる三ない原則を定めた本件校則(以下「本件校則」という。)及び本件校則を根拠としてされた本件自主退学勧告は憲法一三条、二九条、三一条に違反する旨をいうが、憲法上のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であって、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでない」「原審の確定した事実関係の下においては、上告人に対してされた本件自主退学勧告が違法とはいえない(なお、原審は自発的に退学願を出したと認定している)

【最判平 8.7.18】修徳高校パーマ訴訟[28010883]

学校法人宛卒業認定・卒業証書授与・(予備的)生徒地位確認、100万円(控訴審で500万円に拡大)、校長宛卒業認定・卒業証書授与請求→一審:学校法人宛棄却、校長宛却下→控訴棄却→上告棄却

「修徳高校女子部の、普通自動車運転免許の取得を制限し、パーマをかけることを禁止する旨の校則が憲法一三条、二一条、二二条、二六条に違反すると主張するが、憲法上のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は

公共団体と個人との関係を規律するものであって、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでない」修徳高校の建学の精神等に基づけば「本件校則は社会通念上不合理なものとはいえず、生徒に対してその遵守を求める本件校則は、民法一条、九〇条に違反するものではない」

【大阪地判昭 44.12.26】日中旅行社事件[27612060]

従業員地位保全仮処分・給与仮支払い請求：一審：ほぼ全面的に認容（給与をわずかに減額）

日中友好協会の決定に基づき設定された会社の従業員が、経営困難等で関西営業所を閉鎖するとして所員全員解雇されたもの。日中友好協会の分裂に際し、取締役の大半が分裂派（正統本部）にはしったため、残った従業員は会社では会社の方針に従うとしたのに、正統本部に移らない従業員解雇のため、同派の関西国貿促からの渡航周旋業者指定を取り消させて事務所を閉鎖した。

「本件解雇は申請人が日本共産党員として分裂後の日中友好協会を支持し、正統本部を支持する会社と異なる政治的信条を有することを理由になされたもの」「労基法三条の規定は憲法一四条の定める法の下での平等の原理を私人間の関係としての労働関係に適用したもので、そこに規定された信条は憲法一四条所定の信条と同一で政治的意見を含むものであるから、使用者は労働者の政治的意見を理由として差別的取扱をしてはならない」「使用者が労働者の政治的意見を理由として差別的取扱をした場合には、それは労基法三条に違反し、そして右差別的取扱には当然に解雇を含むものであるから、右意見によつて解雇したとすれば、それは同条に違反し、かつ民法九〇条によつて無効」「信条に基づく具体的な行動があつた場合には既に右各法条による保障の範囲外の問題として別個の観点から考慮されなくてはならず、右行動によつて事業に明白かつ現在の危害を及ぼすべき具体的危険を発生させたときは、その行動によつて解雇が可能となる場合もあるものといふことができる」が、そのような具体的危険は認められない。

【最判昭 63.2.5】東電塩山営業所事件[27803803]

80万円請求→一審：10万円→控訴：破棄（請求棄却）→上告棄却

情報漏洩があつた東電の営業所長が女性従業員に共産党員でないと述べ、また書くよう執拗に求めたもの。不相当な行為ではあるが、控訴審は強要にわたったり、不利益を示唆したり、利益をほのめかすことがなかつた、と認定していることから、「事実関係に照らすと、亡斎藤がした本件書面交付の要求は、社会的に許容し得る限界を超えて上告人の精神的自由を侵害した違法行為であるといふことはできない」

【最判昭 63.12.20】共産党袴田事件[27804291]

共産党→袴田里見への家屋明渡・不当利得返還請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

除名された幹部への党所有建物の明渡請求

「政党の結社としての自主性にかんがみると、政党の内部的自律権に属する行為は、法律に特別の定めのない限り尊重すべきであるから、政党が組織内の自律的運営として党員に対してした除名その他の処分の当否については、原則として自律的な解決に委ねるのを相当とし、したがって、政党が党員に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばない……他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則つてされたか否かによつて決すべきであり、その審理も右の点に限られる」→規約に則つており正当

【東京高判平 13.8.20】判例（女児年少者の逸失利益）[28062156]

4009万2741円請求→一審：2132万1833円（過失15%）→控訴棄却→上告不受理

安全確認不十分による交通事故（被告は運転手とその使用者）。被害者は11歳の女児。自賠責で3000万2700円が払われている。原告は男女間の賃金格差は縮小するとして全労働者の平均賃金を使用して請求、一審は肯定。

「年少者の一人一人について就労可能性が男女を問わず等しく与えられているということとは別個の問題であつて、現に職に就いている者の賃金の平均値に男女差があることが個々の年少者の将来得べかりし収入の認定や蓋然性の判断に必然的に結び付くものではない。そもそも、性別は個々の年少者の備える多くの属性のうちの一

つであるにすぎないのであって、性別以外にも、例えば、知能その他の能力の差、親の経済的能力の差その他諸々の属性が現実社会においては将来の所得格差をもたらす得るのである。にもかかわらず、他の属性をすべて無視して、統計的数値の得られやすい性別という属性のみを採り上げることは、収入という点での年少者の将来の可能性を予測する方法として合理的であるとは到底考えられず、性別による合理的な理由のない差別であるというほかはない。年少者の逸失利益を算定するのに、性別以外の属性は無視せざるを得ないというのであれば、性別という属性も無視すべき筋合いである」「高等学校卒業までか、少なくとも義務教育を修了するまでの女子年少者については、逸失利益算定の基礎収入として賃金センサスの女子労働者の平均賃金を用いることは合理性を欠くものといわざるを得ず、男女を併せた全労働者の平均賃金を用いるのが合理的と考えられるのであって、このように解しても、逸失利益を過大に認定することにはならないものというべきである」

【高松高判平 14.2.26】判例（漁協の男性組合員のみへの漁業補償金分配違法）[28081231]

男性正組合員と平等の立場において、海砂利採取同意料及び土砂仮受金の各補償金の配分を受ける地位の確認・212万円→一審：地位確認・94.5万円（補償金全額+慰謝料40+弁護士費用10万）→被告控訴・原告付帯控訴（金員請求）：両方棄却（確定）

女性組合員は夫らの補助的立場であるとして補償金を渡さなかったが、補助的立場の男性組合員には払っていた。なお、漁業合併時に准組合員となったが、正組合員になる際に補償金を受けない約束をしたと被告は主張したが、約束をしていたも任意でないと認められた。

一審：「女性正組合員に砂利採取同意料を配分しないことについて合理性があるとはいえない。そして、本件紛争に至る経緯（原告の准組合員から正組合員への資格の変更）及び被告が合併した当時の組合員資格審査委員会の同委員会規定（内部規約）によれば、「女の人の正組合員は認めない。」と明記していることなどに照らせば、被告の男女差別の考えは顕著であり、被告の女性正組合員に対し砂利採取同意料を配分しない旨の決定は、男女の不合理な性差別を禁止する憲法の趣旨に反し、民法上、公序良俗に反するものとして無効というべきである」

【最判平 18.3.17】判例（入会権：女子孫排除は公序良俗違反）[28110762]

沖縄県金武町の金武部落民会は、杣山を入会地として管理してきたが、現在は米軍基地となっており、その賃借料の半分を部落民会が受取り（残りは町）、会員に分配していた。その会則で、会員資格を明治39年（杣山が国から払い下げられた年）の部落民と昭和20年までの転入者で入会金を払った者の男子孫で、部落に住んで独自に生計を立てる世帯主に限定していたことにつき、世帯主条項・男子孫条項が公序良俗違反として4名が訴えたもの。原審はともに公序良俗違反でないとして請求棄却 → 世帯主条項は公序良俗違反でないが、男子孫条項は違反。部落民以外と結婚して出戻った女子（会則上、復氏が要求された）につき、世帯主として認められるかなどを審理させるため破棄差戻し。

「本件慣習のうち、男子孫要件は、専ら女子であることのみを理由として女子を男子と差別したものであるべきであり、遅くとも本件で補償金の請求がされている平成4年以降においては、性別のみによる不合理な差別として民法90条の規定により無効である」「男子孫要件は、世帯主要件とは異なり、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権の行使における各世帯間の平等という点からも、何ら合理性を有しない……男女の本質的平等を定める日本国憲法の基本的理念に照らし、入会権を別異に取り扱うべき合理的理由を見いだすことはできないから……本件入会地の入会権の歴史的沿革等の事情を考慮しても、男子孫要件による女子孫に対する差別を正当化することはできない」

（滝井補足）入会権に伴う義務負担がなくなっている状況下での新規加入の条件が明かにされるべき。

（古田補足）男子孫でも独立すれば認められるわけではないようなので、そのあたりはつきりさせるべき。

【京都地判平 22.5.27】判例（労災後遺障害の男女差）[25442294]

労基署長の労災障害補償給付支給処分取り消し請求→一審：認容（確定）

身体のおちこちに火傷を負った原告が併合第11級とされたが、「外ぼうに著しい醜状を残すもの」は女性7級、男性12級、「外ぼうに醜状を残すもの」は女性12級、男性14級で差別としたもの。

「障害等級表の策定に関する厚生労働大臣の比較的広範な裁量権の存在を前提に、本件差別的取扱いについて、その策定理由に合理的根拠があり、かつ、その差別が策定理由との関連で著しく不合理なものではなく、厚生労働大臣に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる場合には合憲」「行政処分の取消訴訟において、処分の適法性を立証する責任は、基本的に、処分をした行政庁の側にある」から立証責任は国にある。

「国勢調査の結果は、外ぼうの醜状障害が第三者に対して与える嫌悪感、障害を負った本人が受ける精神的苦痛、これらによる就労機会の制約、ひいてはそれに基づく損失でん補の必要性について、男性に比べ女性の方が大きいという事実的・実質的な差異につき、顕著ではないものの根拠になり得るといえるものである。また、外ぼうの醜状障害により受ける影響について男女間に事実的・実質的な差異があるという社会通念があるといえなくはない。そうすると、本件差別的取扱いについて、その策定理由に根拠がないとはいえない」「障害等級表では、年齢、職種、利き腕、知識、経験等の職業能力的条件について、障害の程度を決定する要素となっていないところ（認定基準。乙3）、性別というものが上記の職業能力的条件と質的に大きく異なるものとはいえず、現に、外ぼうの点以外では、両側の睾丸を失ったもの（第7級の13）以外には性別による差が定められていない。そうすると、著しい外ぼうの醜状障害についてだけ、男女の性別によって上記のように大きな差が設けられていることの不合理さは著しい……そもそも統計的数値に基づく就労実態の差異のみで男女の差別的取扱いの合理性を十分に説明しきれぬか自体根拠が弱いところであるうえ、前記社会通念の根拠も必ずしも明確ではないものである。その他、本件全証拠や弁論の全趣旨を省みても、上記の大きな差をいささかでも合理的に説明できる根拠は見当たらず、結局、本件差別的取扱いの程度については、上記策定理由との関連で著しく不合理なものである」

「障害等級表の本件差別的取扱いを定める部分は、合理的理由なく性別による差別的取扱いをするものとして、憲法14条1項に違反するものと判断せざるを得ない」

【秋田地判平 22.12.14】判例（賠償後遺障害等級表の男女差）[25443090]

加害者・車両所有者宛、A:3019万4717円、B:738万3250円→A:2209万2318円、B:661万5900円
被告がわき見運転して対向車線に侵入したことによる交通事故。夫Aが京都違憲判決に基づいて14級ではなく12級を用いるべきと主張したが認められなかったもの。

「労働能力の低下の程度に関して、後遺障害別等級表の等級毎の労働能力喪失率はあくまで参考にすぎず、被害者の職業、年齢、性別、後遺症の部位、程度、事故前後の稼働状況等を総合的に判断して具体的な事案に応じて評価されるのであり、後遺障害別等級表上の等級評価から演繹的に導き出されるものではない」「原告Aの職業・職種（銀行課長職、債権管理）、年齢（症状固定時52歳）、醜状の部位・形状・程度に照らし、原告Aの外貌醜状障害が労働能力に与える影響は差程とは思われず……後遺障害全体による原告Aの労働能力の低下の程度は、原告Aの上記主張の肯否にかかわらず、後遺障害別等級表12級相当の14%に留まると認めるのが相当である」

「今後、実際に労災障害等級表がそのように改正され、それに倣って、自賠法施行令の後遺障害別等級表も同様の改訂がされたとしても、前記に列挙した本件の個別事情からすれば、原告Aの労働能力の低下の程度については、上記のとおり認定するのが相当と思料されるのであって、労災障害等級表や後遺障害別等級表の今後の見直しは上記認定に影響するものではない」

第2章 包括的基本権

第1節 生命・自由・幸福追求権（13条）

第1款 生命・自由・幸福追求権

1. 13条：すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする

・後段：主観的な包括的権利規定説⇔一般原則宣言説（具体的な権利性はない）

→一般的自由説（他人の迷惑でない限り何でも自由）

→人格的自律説（人格的自立を保つ上で必要不可欠な権利・自由を包摂）

※嗜好品や服装などを対象に含むか否かで対立しうる

2. 生命の追求：強制予防接種による被害者の救済

【東京地判昭 59.5.18】 予防接種禍事件東京訴訟一審 [後掲 27490027]

【東京高判平 4.12.18】 予防接種禍事件東京訴訟二審[後掲 27814481]

3. 自由の追求

【熊本地判平 13.5.11】 熊本ハンセン病訴訟[28061048]

ハンセン病患者への隔離政策の違法とそれを是正しなかった立法不作為に基づく国賠請求。

厚生省「遅くとも昭和三五年以降においては、もはやハンセン病は、隔離政策を用いなければならないほどの特別の疾患ではなくなっており……隔離の必要性が失われた」「厚生大臣は、厚生省が右のような隔離政策の抜本的な変換やそのために必要となる相当な措置を採ることなく、入所者の入所状態を漫然と放置し、新法六条、一五条の下で隔離を継続させたこと、また、ハンセン病が恐ろしい伝染病でありハンセン病患者は隔離されるべき危険な存在であるとの社会認識を放置したことにつき、法的責任を負うものというべきであり、厚生大臣の公権力の行使たる職務行為に国家賠償法上の違法性があると認めるのが相当……厚生大臣は、昭和三五年当時……隔離の必要性を判断するのに必要な医学的知見・情報を十分に得ていたか、あるいは得ることが容易であったと認められ、また、ハンセン病患者又は元患者に対する差別・偏見の状況についても、容易に把握可能であったというべきであるから、厚生大臣に過失がある」

立法不作為「新法の隔離規定……は、この居住・移転の自由を包括的に制限するものである」「新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限は、居住・移転の自由という枠内での確に把握し得るものではない……人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである。このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法一三条に根拠を有する人格権そのものに対するものにとらえるのが相当」「新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和四〇年以降に新法の隔離規定を廃止しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当……事実関係については、国会議員が調査すれば容易に知ることができたものであり、また、昭和三八年ころには、全患協による新法改正運動が行われ、国会議員や厚生省に対する陳情等の働き掛けも盛んに行われていたことなどからすれば、国会議員には過失が認められる」

4. 幸福の追求①環境、日照、眺望、静穏、健康、嫌煙：13+25条説もある

・人格権・環境権に基く飛行場使用差止め訴訟（人格権・環境権に言及せず却下）

【最大判昭 56.12.16】 大阪空港訴訟[]

21～7時の空港使用差止め・65万+差止めまで月1.15万円請求×多数、約60～83万円請求×10名

一番：22～7時の空港使用差止め、13～57万円

→双方控訴：21～7時の空港使用差止め、最高約132万+差止めまで月1.1万円、減便まで6.6千円

→被告上告：差止め請求却下、差止め請求のための弁護士費用請求棄却、将来の請求却下、損賠破棄差戻し

差止め「換言すれば、本件空港における航空機の離着陸の規制等は、これを法律的にみると、単に本件空港についての営造物管理権の行使という立場のみにおいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべきではなく、航空行政権の行使という立場をも加えた、複合的観点に立つた総合的判断に基づいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべき……本件空港の離着陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という二種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとみるべきであるから、右被上告人らの前記のような請求は、事理の当然として、不可避免的に航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することとなるものといわなければならない。したがって、右被上告人らが行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして、上告人に対し、いわゆる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いうほかはない。以上のとおりであるから、前記被上告人らの本件訴えのうち、いわゆる狭義の民事訴訟の手続により一定の時間帯につき本件空港を航空機の離着陸に使用させることの差止めを求める請求にかかる部分は、不適法というべき」

国賠法1条か2条か：一番1条→控訴審2条→上告審2条でよい

(伊藤補足・横井・宮崎同調) 行政処分取消訴訟か、供用行為への抗告訴訟として提起すべき

(団藤反対) 民事で差止めが適法とできるなら、行政訴訟が本筋でも差止めを認めるべき。空港設置は主として住民への受忍を求めるものではなく、飛行機の運航のためのもの。余は中村同調。

(環反対) 行政訴訟によるべきとするのは行政の優越を容認するものである。

(中村反対) 詳細に多数意見に反論。

(木下反対) 航空行政権とは別個の権利侵害に対する差止め請求ゆえ却下はおかしい。

過去の補償：上告棄却。ただし、昭45.6と7に転居してきた2名につき危険への接近理論につき原審は積極的に利用しようとした者にのみ適用されたとしたが、「危険への接近の理論は、必ずしも右のように狭く解すべきものではなく、たとえ危険に接近した者に原審の判示するような意図がない場合であつても、その者が危険の存在を認識しながらあえてそれによる被害を容認していたようなときは、事情のいかんにより加害者の免責を認めるべき場合がないとはいえない」とし、当時新聞で騒音問題が取り上げられていたから、特段の事情がなければ危険への接近理論が適用されたとして破棄差戻し。

(服部・伊藤・宮崎・寺田・谷口補足) 差止め請求で行政権をいい過去の賠償で営造物を言う理由の言い訳

(環補足・意見) いろいろ言っているがとりあえず結論同じ。

(栗本・藤崎・本山・横井反対・補足) 国賠法1条の問題だから破棄差戻すべき。慰謝料も個別に判断すべき。

(寺田補足・栗本・谷口同調) 危険への接近は住宅の価値等がそれを含んでいるから肯定すべき。

(団藤・中村・木下・伊藤反対) 2名につき、知らなくても不思議でないから危険への接近適用は不可

(環反対) 危険への接近は過失相殺で考慮されるにすぎず、不法行為不成立はありえない。

将来の損害への補償：「民訴法二二六条は……およそ将来に生ずる可能性のある給付請求権のすべてについて前記の要件のもとに将来の給付の訴えを認めたものではなく、主として、いわゆる期限付請求権や条件付請求権のように、既に権利発生の基礎をなす事実上及び法律上の関係が存在し、ただ、これに基づく具体的な給付義務の成立が将来における一定の時期の到来や債権者において立証を必要としないか又は容易に立証しうる別の一定の事実の発生にかかっているにすぎず、将来具体的な給付義務が成立したときに改めて訴訟により右請求権成立のすべての要件の存在を立証することを必要としないと考えられるようなものについて、例外として将来の給付の訴えによる請求を可能ならしめたにすぎない……たとえ同一態様の行為が将来も継続されることが予測される場合であつても、それが現在と同様に不法行為を構成するか否か及び賠償すべき損害の範囲いかなん等が流動性をもつ今後の複雑な事実関係の展開とそれらに対する法的評価に左右されるなど、損害賠償請求権の成否及びそ

の額をあらかじめ一義的に明確に認定することができず、具体的に請求権が成立したとされる時点においてはじめてこれを認定することができるとともに、その場合における権利の成立要件の具備については当然に債権者においてこれを立証すべく、事情の変動を専ら債務者の立証すべき新たな権利成立阻却事由の発生としてとらえてその負担を債務者に課するのは不当であると考えられるようなものについては、前記の不動産の継続的不法占有の場合とはとうてい同一に論ずることはできず、かかる将来の損害賠償請求権については……本来例外的にのみ認められる将来の給付の訴えにおける請求権としての適格を有するものとするとはできない]

(団藤反対) 終期を定めなかったので破棄差戻しとはなるが、将来の補償も認めるべき。

【最判平 5.2.25】厚木基地訴訟[]

一審：夜間早朝の離着陸差止め・音量規制却下、将来の請求却下、過去の請求一部認容

→控訴：過去の請求棄却（原告全面敗訴）→上告：過去の請求肯定（破棄差戻し）その他上告棄却

自衛隊機の飛行差止め：「上告人らの本件自衛隊機の差止請求は、被上告人に対し、本件飛行場における一定の時間帯（毎日午後八時から翌日午前八時まで）における自衛隊機の離着陸等の差止め及びその他の時間帯（毎日午前八時から午後八時まで）における航空機騒音の規制を民事上の請求として求めるものである。しかしながら、右に説示したところに照らせば、このような請求は、必然的に防衛庁長官にゆだねられた前記のような自衛隊機の運航に関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものといわなければならないから、行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるかはともかくとして、右差止請求は不適法というべきである」

米軍機の飛行差止め：「本件飛行場に係る被上告人と米軍との法律関係は条約に基づくものであるから、被上告人は、条約ないしこれに基づく国内法令に特段の定めのない限り、米軍の本件飛行場の管理運営の権限を制約し、その活動を制限し得るものではなく、関係条約及び国内法令に右のような特段の定めはない。そうすると、上告人らが米軍機の離着陸等の差止めを請求するのは、被上告人に対してその支配の及ばない第三者の行為の差止めを請求するものというべきであるから、本件米軍機の差止請求は、その余の点について判断するまでもなく、主張自体失当として棄却を免れない」

過去の請求：高裁は高度の公共性があるから受忍限度内とした。「原審は、本件飛行場の使用及び供用に基づく侵害行為の違法性を判断するに当たり、前記のような各判断要素（受忍限度内の軽度なものではない、公共性・公益性と比較衡量するにはそれによる利益と被害の彼此相補の関係が必要、被害対策の有効性の検証が不十分）を十分に比較検討して総合的に判断することなく、単に本件飛行場の使用及び供用が高度の公共性を有するということから、上告人らの前記被害は受忍限度の範囲内にあるとしたものであって、右判断には不法行為における侵害行為の違法性に関する法理の解釈適用を誤った違法がある」として破棄差戻し。

(橋元補足・味村同調) 無名抗告訴訟で争うことができる。

5. 幸福②人格：名誉、プライバシー、肖像、氏名

- ・「みだりに容貌・姿態を撮影されない自由」を認める

【最大判昭 44.12.24】京都府学連事件[27681653]

公務執行妨害・傷害：一審：懲役1月猶予1年→控訴棄却→上告棄却

立命一部学生会の書記長が、デモを撮影した巡查を難詰し旗竿で突いて怪我をさせたもの。4列縦隊で東端を行進すると条件を付したのに、先頭が7,8名で道路の中央を整然行進していたため。

「憲法一三条は……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している……個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されない……犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者であ

る個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうる」「その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくとも、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しない」

【東京高判平 21.1.29】 Nシステム事件[25450986]

100万円請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

自動車ナンバー読取システム（Nシステム）と旅行時間計測提供システムにより「車両の運転席及び搭乗者の容ぼうを含む前面を撮影された上、車両の自動車登録番号標（ナンバープレート）を判読されて、これらに関する情報を保存、管理されたことにより、肖像権、自由に移動する権利及び情報コントロール権を侵害された」として慰謝料を請求したもの。

「〔1〕Nシステム等により個人の情報を収集し管理する目的は、自動車使用犯罪の犯人の検挙等犯罪捜査の必要及び犯罪被害の早期回復に限定されていて、正当なものと認められ、〔2〕収集、管理される情報は、何人も公道を走行する際には外部から容易に認識することができるようにしなければならないことが法律によって義務づけられている車両データに限られていて、公権力に対して秘匿されるべき情報ではなく、〔3〕収集、管理の方法は、走行中に自動的にカメラで撮影し、データをコンピュータで処理することによって行われるため、有形力の行使に当たらないのはもとより、走行等に何らかの影響を及ぼすなど国民に特別の負担を負わせるものではなく、〔4〕取得されたデータは、上記目的達成に必要な短期間保存されることはあるが、その後消去され、目的外に使用されることはないというのであるから、公権力がみだりに国民の情報を収集、管理するということとはできないものというべき」

- ・ 前科等のみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益

【最判昭 56.4.14】 前科照会事件[27000139]

550万円請求→一審：棄却→控訴：25万円認容→被告上告：棄却

弁護士が弁護士法に基づいてした前科照会に回答し、その前科に基き勤務先から前科秘匿による予備的解雇（すでに解雇されていたが地位保全仮処分が下っていた）をされたもの。

「前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有するのであつて、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等のみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもないところである。前科等の有無が訴訟等の重要な争点となつていて、市区町村長に照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、裁判所から前科等の照会を受けた市区町村長は、これに応じて前科等につき回答をすることができるのであり、同様な場合に弁護士法二三条の二に基づく照会に応じて報告することも許されないわけのものではないが、その取扱いには格別の慎重さが要求される……本件において……被告人の前科等の照会文書には、照会を必要とする事由としては、右照会文書に添付されていた猪野弁護士の照会申出書に「中央労働委員会、京都地方裁判所に提出するため」とあつたにすぎないというのであり、このような場合に、市区町村長が漫然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、軽重を問わず、前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたる……中京区長の本件報告を過失による公権力の違法な行使にあたるとした原審の判断は、結論において正当」

（伊藤補足）プライバシーに優越する利益が必要で、秘密の保持には厳格な注意義務が課せられる

（環反対）弁護士会の照会に回答したのだから、過失を容易に認定するのは誤り。破棄差戻しすべし。

- ・「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」を肯定

【最判平 7.12.15】指紋押捺拒否事件[27828552]

外国人登録法違反（指紋押捺拒否）：一審：罰金 1 万円→控訴棄却→上告棄却

「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶ」

目的：「戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できる」

手段：「本件当時の制度内容は、押なつ義務が三年に一度で、押なつ対象指紋も一指のみであり、加えて、その強制も罰則による間接強制にとどまるものであって、精神的、肉体的に過度の苦痛を伴うものとはとはいえず、方法としても、一般的に許容される限度を超えない相当なものであった」

結論：「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法一四一条一項、一八一条一項八号が憲法一三条に違反するものでない」

14 条違反：「在留外国人を対象とする指紋押なつ制度は、前記一のような目的、必要性、相当性が認められ、戸籍制度のない外国人については、日本人とは社会的事実関係上の差異があつて、その取扱いの差異には合理的根拠があるので、外国人登録法の同条項が憲法一四一条に違反するものでない」

19 条違反：「指紋は指先の紋様でありそれ自体では思想、良心等個人の内心に関する情報となるものではないし、同制度の目的は在留外国人の公正な管理に資するため正確な人物特定をはかることにあるのであって、同制度が所論のこのような外国人の思想、良心の自由を害するものとは認められない」

- ・氏名等の個人情報の保護

【最判平 15.9.12】早大江沢民講演参加者名簿提出事件（損害請求）[後掲 28082416]

「学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であつて、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生であることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思ふことは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」

【最判平 20.3.6】住基ネット訴訟[28140650]

各市への慰謝料請求→一審：棄却→控訴（本人確認情報を府知事に通知するな、住民票コード削除請求を追加）：住民票コード削除請求のみ認容→上告：破棄（請求全部棄却）

住基ネットにより 13 条に基づく人格権、公権力から監視されない権利、自己情報コントロール権及び平穏な生活を営む権利が侵害されたとして国賠請求、人格権への妨害排除請求として住民票コード削除請求をしたもの。

「憲法 1 3 条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関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」が、住民票コードは無作為で名前等同様秘匿性の高い情報ではなく、情報漏洩等の具体的危険が生じているとは言えず、「行政機関が住基ネットにより住民である被上告人らの本人確認情報を管理、利用等する行為は、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということではできず、当該個人がこれに同意していないとしても、憲法 1 3 条により保障された上記の自由を侵害するものではない……住基ネットにより被上告人らの本人確認情報が管理、利用等されることによって、自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとする被上告人らの主張にも理由がない」

6. 幸福③平和的生存権（9 条説もある）

【札幌地判昭 48.9.7】長沼訴訟一審[27200135]

保安林指定解除の取消請求→一審：請求認容→控訴：破棄（請求却下）→上告棄却

自衛隊長沼ナイキ基地の敷地とするため保安林指定が解除されたため、憲法 9 条違反で取消しを請求したもの。

「以上認定した自衛隊の編成、規模、装備、能力からすると、自衛隊は明らかに「外敵に対する実力的な戦闘行動を目的とする人的、物的手段としての組織体」と認められるので、軍隊であり、それゆえに陸、海、空各自衛隊は、憲法第九条第二項によつてその保持を禁ぜられている「陸海空軍」という「戦力」に該当するものといわなければならない。そしてこのような各自衛隊の組織、編成、装備、行動などを規定している防衛庁設置法、自衛隊法その他これに関連する法規は、いずれも同様に、憲法の右条項に違反し、憲法第九八条によりその効力を有しえない」土地収用法の収用目的から国防が除かれたことを踏まえ「森林法第二六条第二項にいう「公益上の理由」があるというためには、解除の目的が、前記第五次、第一、3 で述べたように憲法を頂点とする法体系上価値を認められるものでなければならないから、前項のように、自衛隊の存在およびこれを規定する関連法規が憲法に違反するものである以上、自衛隊の防衛に関する施設を設置するという目的は森林法の右条項にいう公益性をもつことはできない」「自衛隊の右施設等設置のためにされた、被告の右処分は、森林法第二六条第二項にいう「公益上の理由」を欠く違法なものであり、取消しを免がれない」

控訴審・上告審は指定解除で直接理水上影響を受けうる範囲の住民以外の原告適格を認めず、範囲内の住民については代替措置により訴えの利益が消滅したとして却下。

7. 幸福④自己決定権

- ・ 生命の自己決定（自殺、尊厳死、安楽死）、生殖の自己決定（妊娠、中絶、出産、性交）

【最判平 12.2.29】輸血拒否事件[28050437]

国宛 1,200 万円→一審：棄却→控訴：国・医師 2 名宛各 55 万円認容→双方上告：棄却

輸血をせずに患者を救ったとして知られていた東大医科学研究所の医師が輸血は受けたくない希望を聞いたうえで工ホバの証人の患者を受け入れ、しかし輸血の準備をした上で手術に臨み、必要があったため輸血をしたもの。夫婦連署の免責証書を受け取っていた。

「患者が、輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合、このような意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。そして、みさえが、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを内田医師らが知っていたなど本件の事実関係の下では、内田医師らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、みさえに対し、医科研としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、医科研への入院を継続した上、内田医師らの下で本件手術を受けるか否かをみさえ自身の意思決定にゆだねるべきであった……内田医師らは、本件手術に至るまでの約一か月の間に、手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、みさえに対して医科研が採用していた右方針を説明せず、同人及び被上告人らに対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をした……本件においては、内田医師らは、右説明を怠ったことにより、みさえが輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものと見て、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負う」

- ・ ライフスタイルの自己決定（服装、髪、事実婚など）

【熊本地判昭 60.11.13】丸刈り訴訟[27803367]

町立中学校の丸刈り校則無効確認等、10 万円請求→一審：無効確認却下、請求棄却（確定）

丸刈り校則を住居地・性別による差別で 14 条違反、頭髪を法律によらず切除させるから 31 条違反、思想表現たる髪形の自由を侵害するから 21 条違反で、裁量権を逸脱するから無効と主張。原告が長髪を続けたため他の生徒にいじめられ、リンチの噂まで出たため、損賠請求もした。

無効確認請求は中学を卒業したため訴えの利益を欠くとして却下（提訴は2年の三学期か3年次）

14条違反は合理的差別、31条違反は強制的に切除していないから合憲、髪形が表現であることは特殊な場合で中学生では特に稀だから合憲。「丸刈の社会的許容性や本件校則の運用に照らすと、丸刈を定めた本件校則の内容が著しく不合理であると断定することはできない」とし「本件校則はその教育上の効果については多分に疑問の余地があるというべきであるが、著しく不合理であることが明らかであると断ずることはできないから、被告校長が本件校則を制定・公布したこと自体違法とは言えない」

【最判平 1.12.14】どぶろく裁判[22003501]

一審：罰金 30 万円→控訴棄却→上告棄却

無許可で清酒の原料たる雑酒を造ったが、差し押さえられたもの（酒税法違反）。

自己消費の酒類製造は酒税の減収につながらないから「法益侵害の危険のない行為を処罰し、個人の酒造りの自由を合理的な理由がなく制限するものであるから、憲法三一条、一三条に違反する」として上告。

「自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税収入の減少など酒税の徴収確保に支障を生じる事態が予想されるところから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり、これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法三一条、一三条に違反するものでない」

- ・ 自墮落の自己決定（飲酒、喫煙、麻薬、賭博）

【東京地判昭 62.3.27】判例（列車内での喫煙） [27801515]

国鉄宛客車の半数以上を禁煙車とせよ、国鉄・国・JT宛各 500～10 万→一審：棄却（確定）

13条・25条に基づく人格権により、たばこによる健康被害を防止せず車両を運転するのは不完全履行と主張。禁煙車設置請求は適法（すでに禁煙車が設置されており、方法は特定されている）だが、受動喫煙の被害について証拠がないとし、「原告らが将来被告国鉄の運行する列車内においてたばこの煙に曝されることのあるとしても、その被害は、受忍限度を超えるものではなく、僅かの受動喫煙によっても健康上容易に回復することのできない重大な被害を被ることが明らかであるということは到底できないから、前述のとおりたばこの煙による被害を受ける現実の危険が少ない原告らにおいて、その身体ないしは健康上の侵害のおそれがあることを理由として、被告国鉄に対して禁煙車輛の設置を請求することはできないというほかはない」同様の理由で賠償請求も棄却。

【最大判昭 25.11.22】判例（賭博開張図利） [27760254]

賭博開張図利罪は憲法 13 条違反で無効（公共の福祉に反しない娯楽の自由の範囲である）と主張し上告。

「賭博行為は……勤労その他正当な原因に因るのでなく、単なる偶然の事情に因り財物の獲得を僥倖せんと相争うがごときは、国民をして怠惰浪費の弊風を生ぜしめ、健康で文化的な社会の基礎を成す勤労の美風（憲法第二七条一項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強窃盗その他の副次的犯罪を誘発し又は国民経済の機能に重大な障害を与える恐れすらあるのである。これわが国においては一時の娯楽に供する物を賭した場合の外単なる賭博でもこれを犯罪としその他常習賭博、賭場開張等又は富籤に関する行為を罰する所以であつて、これ等の行為は畢竟公益に関する犯罪中の風俗を害する罪であり、新憲法にいわゆる公共の福祉に反するものといわなければならない。ことに賭場開張図利罪は自ら財物を喪失する危険を負担することなく、専ら他人の行う賭博を開催して利を図るものであるから、単純賭博を罰しない外国の立法例においてもこれを禁止するを普通とする。されば、賭博等に関する行為の本質を反倫理性反社会性を有するものでないとする所論は、偏に私益に関する個人的な財産上の法益のみを觀察する見解であつて採ることができない」として棄却。

（栗山意見）公共の福祉に反するというだけでどの自由・権利を侵害するのか言わないので上告は不適法で棄却

- ・ 危険行為の自己決定（冬山登山、ノーヘルバイク、シートベルトなし運転）

第2節 法の下の平等（14条）

第1款 法の下の平等

1. 1項：すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない
 - ・人間には差異がある → 客観的平等原則（政府の規範）主観的平等権（権利）は相対的
 - ・絶対的平等と相対的平等：合理的な区別を許容するか否か
 - ・形式的平等と実質的平等：差異に応じてそれを是正するための取扱いを認めるか否か
 - ・立法者拘束説と非拘束説：前段を法適用の平等（非拘束）、後段を法内容平等（拘束）とする
→後段列挙事項を例示でなく限定列挙とみてしまう
 - ・有力：一般に合理性審査だが、後段列挙事項は厳格審査の対象とする
2. 個別的差別禁止事項
 - ・先天：人種、社会的身分？、性別、門地（生まれ、出身地）、先天的障害
 - ・中間：能力、社会的身分？、体格、顔、国、（世代、年代）
 - ・後天：信条、社会的身分？、門地（住所）、学歴、職業、収入、後天的障害
3. 人種：身体的特徴で区別される人類学的な特徴、ただし「民族」も含む
 - ・国籍による別異取り扱いは人種の問題とされない
4. 信条：通説は19条の思想信条と同様とする
5. 性別：生物学的な特徴に加え、文化的・社会的なものも含む
6. 社会的身分：範囲に広狭諸説あり
 - ・狭義説：出生によって決定され、自己の意思で変えられない社会的な地位
例）部落出身、帰化者、親である・子である、嫡出である
 - ・中間説：社会において後天的に占める地位で一定の社会的評価を伴うもの
 - ・広義説：広く社会においてある程度継続的に占めている地位
例）財産の多寡、使用者・労働者、職業、特定地域の住民であることなど
- ・尊属加重規定→1995年削除

【最大判昭48.4.4刑集27-3-265】尊属殺違憲判決[S45あ1310]

一審：通常殺人、過剰防衛で刑を免除→二審：尊属殺人、心神耗弱と酌量減輕で懲役3年6月

→上告：通常殺人、心神耗弱で懲役2年6月猶予3年

14歳のころから父に姦淫され、その子4人（うち1人は夭逝）を産んだが、7つ下の恋人ができ、結婚したい旨を告げると家に軟禁されたため、夜に父が襲ってきた際に押し倒して手近にあった紐で絞殺したもの。

一審は過剰防衛、心神耗弱、自首を認め、「刑法第二〇〇条は、結局親族共同生活において夫婦関係より親子関係を優先させ、また親子関係においては前記相互平等関係より権威服従の関係と尊卑の身分的秩序を重視した親権優位の旧家族制度的思想に胚胎する差別規定」であるとして通常殺人罪に過剰防衛で刑を免除。

「憲法一四条一項は……事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨……刑法二〇〇条が憲法の右条項に違反するかどうか問題となるのであるが、それは右のような差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられるわけである」

目的「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、被害者が尊属であることを犯情の

ひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがってまた、憲法一四条一項に違反するというのもできない」

手段「同条の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法一九九条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか三年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られていることは明らか……現行法上許される二回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない……尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しない……量刑の実状をみても、尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせる……尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」

結論「刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、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一九九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、憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならない、したがって、尊属殺にも刑法一九九条を適用するのほかはない」

(岡原補足) 意見、反対意見への反論

(田中意見、小川同調、坂本同調) 親を尊重することは「個人の尊厳と人格価値の平等の原理の上に立つて、個人の自覚に基づき自発的に遵守されるべき道徳であつて、決して、法律をもつて強制されたり、特に厳しい刑罰を科することによつて遵守させようとしたりすべきものではない。尊属殺人の規定が存するがゆえに「孝」の徳行が守られ、この規定が存しないがゆえに「孝」の徳行がすたれるというような考え方は、とうてい、納得することができない。尊属殺人に関する規定は、上述の見地からいつて、単に立法政策の当否の問題に止まるものではなく、憲法を貫く民主主義の根本理念に抵触し、直接には憲法一四条一項に違反するもの」

(下村意見) 「時世の推移、国民思想の変遷、尊属殺人事件の実情等」に鑑みて、今や尊属殺は不要となった

(色川意見) 親子の情は自然的発露であり、報恩などというのは誤り。尊属殺そのものが違憲というべき

(大隅意見) 尊属殺は身分性道徳であり、合理的理由のない身分的差別ゆえ違憲 (近親殺なら合憲たりうる)

(下田反対) 尊属は社会的身分に該当しないし、また加重の程度は立法府の判断を尊重すべき。

- ・ 尊属殺は合憲としつつ、尊属の対象を限定したもの

【最大判昭 32.2.20】配偶者だった者の尊属は尊属殺の対象ではない

【最判昭 38.12.24】代諾養子縁組の無効 (孫を子として届出) により養親は尊属でない

- ・ 加重の程度がゆるやかなら合憲

【最判昭 49.9.26】尊属傷害致死罪合憲判決[27761038]

一審：懲役 5 年 (過剰防衛だが減軽せず) →控訴：懲役 4 年→上告棄却

共に酔って父と喧嘩し、以前も酔って頭を殴られて重傷を負っていたことから、ジャックナイフで刺したものの、「尊属傷害致死罪に対する刑罰加重の程度によつては、その差別的取扱いの合理性を欠き、憲法一四条一項に違

反するものといわなければならないことも、前記判例の趣旨とするところであるが、尊属傷害致死罪の法定刑は、無期又は三年以上の懲役であるから、量刑に際して相当幅広い裁量の余地が認められるとともに、犯罪の具体的情状の如何によつては、減輕規定の適用をまたなくとも、刑の執行を猶予することも可能であつて、それ自体過酷なものとはいえないのみならず、普通傷害致死罪につき定められている二年以上の有期懲役の法定刑と比較しても、最高刑として無期懲役刑が加えられていることと有期懲役刑の下限が三年であつて一年重い点に差異が存するにとどまり、その加重程度は尊属殺人罪（法定刑は死刑又は無期懲役）と普通殺人罪（法定刑は死刑又は無期若しくは三年以上の懲役）との間における差異のような著しいものではない」「尊属傷害致死罪の法定刑は、前記の立法目的達成のため必要な限度を逸脱しているとは考えられないから、尊属傷害致死に関する刑法二〇五条二項の定める法定刑は、合理的根拠に基づく差別的取扱いの域を出ないものであつて、憲法一四条一項に違反するものとはいえない」

（下田意見）（大隅反対）いずれも尊属殺違憲判決に同旨

7. 門地：出生によって決定される社会的地位。家系、血統、家柄など。

8. その他の差別

・ 給与所得者とそれ以外の所得者の差別

【最大判昭 60.3.27】サラリーマン税金訴訟[22000380]

所得税決定・無申告加算税賦課決定処分取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却「

同志社大の教授が確定申告をせず、源泉徴収分で足りないため課税決定されたため、「事業所得者、利子所得者、配当所得者等の他の所得者に比べて、給与所得者に対し、負担公平の原則に反する著しく不公平な所得税の負担を課してこれを差別的に取扱っているものであるから、一括して憲法一四条一項に違反し違憲無効」として提訴したもの。

「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである。そうであるとすれば、租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取扱いの区別は、その立法目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することができず、これを憲法一四条一項の規定に違反するものということとはできない」

給与所得控除：給与所得者では費用は使用者負担が多く、その他は家事上の経費と区別が難しいことなどから目的は正当、使用者負担と通勤費非課税等により必要経費が給与所得控除を超えると認めるのは困難ゆえ、明らかに相当性を書くとはいえず、合憲。捕捉率の違いも租税法制を違憲とするほどではなく、租税優遇措置は合理性を欠いても本件課税規定には無関係ゆえ、やはり合憲。

（伊藤補足、木下・長島同調）必要経費が給与所得控除を著しく超過する場合には適用違憲の可能性

（谷口補足）必要経費が控除を上回ったら、著しくなくても違憲の疑いがあるが、本件ではそれにもあたらない

（木戸口補足）補足漏れや不合理な優遇措置による較差が著しくかつ継続すれば違憲。その不満が背景にある。

（島谷補足）島谷同調、谷口同旨、幅広い制度の検討を望む。

・ 在住する自治体による差別

【最大判昭 33.10.15】東京都売春防止条例違反事件[27660590]

条例違反：一審：罰金 2 万円→控訴棄却→控除区棄却

料亭経営者が女中 5 名に売春させ、報酬の一部を得て売春目的で女子を自己の管理下に置いたとされたもの。

「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によつて差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである。それ故、地方公共団体が売春の取締について各別に条例を制定する結果、その取扱いに差別を生ずることがあつても、所論のように地域差の故を

もつて違憲ということとはできない」

(下飯坂、奥野補足)「各条例が各地域の特殊な地方の実情その他の合理的根拠に基いて制定され、その結果生じた各条例相互間の差異が、合理的なものとして是認せられて始めて、合憲と判断すべき」

【最判平 19.9.28】 学生無年金障害者訴訟[]

障害基礎年金不支給決定取消、2,000万円請求×4名→一審:1名取消(脳腫瘍が20才到達前からあったから)、3名500万円→双方控訴(取消の1名については確定):国賠取消→上告棄却

大学在学中に障害を負ったが、国民年金に任意加入していなかったとして障害基礎年金が不支給になったもの。国民年金法の当該規定違憲による不支給決定取消と適切な立法措置を怠ったとする国賠請求。

「保険料納付義務の免除の可否は連帯納付義務者である被保険者の属する世帯の世帯主等による保険料の納付が著しく困難かどうかをも考慮して判断すべきものとされていることなどからすれば……親などの世帯主に相応の所得がある限り、学生は免除を受けることができず、世帯主が学生の学費、生活費等の負担に加えて保険料納付の負担を負うこととなる……他方、障害者については障害者基本法等による諸施策が講じられており、生活保護法に基づく生活保護制度も存在している……これらの事情からすれば、平成元年改正前の法が、20歳以上の学生の保険料負担能力、国民年金に加入する必要性ないし実益の程度、加入に伴い学生及び学生の属する世帯の世帯主等が負うこととなる経済的な負担等を考慮し、保険方式を基本とする国民年金制度の趣旨を踏まえて、20歳以上の学生を国民年金の強制加入被保険者として一律に保険料納付義務を課すのではなく、任意加入を認めて国民年金に加入するかどうかを20歳以上の学生の意思にゆだねることとした措置は、著しく合理性を欠くということとはできず、加入等に関する区別が何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるということもできない……平成元年改正前の法における強制加入例外規定を含む20歳以上の学生に関する上記の措置及び加入等に関する区別並びに立法府が平成元年改正前において20歳以上の学生について国民年金の強制加入被保険者とするなどの所論の措置を講じなかったことは、憲法25条、14条1項に違反しない」

20歳未満は無拠出であることとの差別:任意加入制度があり、まったく加入できない20歳未満とは違って「無拠出制の年金を支給する旨の規定を設けるなどの所論の措置を講じるかどうかは、立法府の裁量の範囲に属する事柄というべきであって、そのような立法措置を講じなかったことが、著しく合理性を欠くということとはできない。また、無拠出制の年金の受給に関し上記のような20歳以上の学生と20歳前障害者との間に差異が生じるとしても、両者の取扱いの区別が、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるということもできない」

第2款 貴族制度の禁止

1. 2項:華族その他の貴族の制度は、これを認めない
2. 身分制度の禁止。皇族は憲法が天皇制を採用するため、例外。

第3款 栄典に伴う特権の禁止

1. 3項:栄誉、勲章その他の栄典の授与は、いかなる特権も伴はない。栄典の授与は、現にこれを有し、又は将来これを受ける者の一代に限り、その効力を有する
2. 名誉の表彰と特権の結びつきを禁ずる。文化勲章受章者への年金支給は争いがある(合理的範囲内であるから合憲?)

第3節 両性の平等（14,24条）

第1款 婚姻における両性の平等

1. 24条1項：婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない
 - ・ 2項：配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない
2. 民法の違憲疑惑
 - ・ 731条：男は、十八歳に、女は、十六歳にならなければ、婚姻をすることができない
 - ・ 733条：再婚禁止期間（6カ月）

【最判平 7.12.5】再婚禁止期間違憲訴訟[27828502]

前夫との調停離婚直後から男性と同居し、子と男性の養子縁組を申し立てたが許可されず、離婚成立3月後の婚姻届が受理されなかったことに対する国賠請求（国会又は内閣の立法不作為）、予備的に29条3項による補償請求。6月後に婚姻し、養子縁組がされている。一審棄却→控訴棄却→上告棄却

国賠請求：「再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法七三三条が憲法一四条一項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法一四条一項に違反するものではなく、民法七三三条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにありと解される以上、国会が民法七三三条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものではない」「立法について固有の権限を有する国会ないし国会議員の立法行為が違法とされない以上、国会に対して法律案の提出権を有するにとどまる内閣の法律案不提出等の行為についても、これを国家賠償法一条一項の適用上違法とする余地はない」

29条3項の補償：「上告人らの被った不利益が特別の犠牲に当たらない」

- ・ 750条：夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する
- ・ 772条2項：嫡出推定（婚姻後200日以後、離婚後300日以内）

【岡山地判平 22.1.14】離婚後300日規定違憲訴訟[25463222]

国・市に対する損賠330万請求：一審：棄却→控訴：棄却（同旨）→上告棄却・不受理

DVによる保護命令を得て家裁で離婚判決を得て、前夫の控訴による高裁係属中に子を懐胎し、高裁での和解離婚後300日以内に産んだ子につき、原告（子）の母の後夫を父とする出生届が不受理となったのは憲法14条、民法772条1項、児童の権利条約7条違反として提訴したもの。なお、家裁への認知申立てによる審判を受け、後夫を父とする出生届が受理された。

「一般に、婚姻中に妻が懐胎した子の父は、夫である可能性が高いことから、当該出生子について、夫の子であるとの推定規定を設けることには合理性が認められる……確かに、原告には、懐胎の時期について何ら責任がない。しかし、民法772条1項には、上記のとおり、合理性があり、懐胎時期と婚姻解消日の前後関係によって嫡出推定の有無が左右されることが、不合理な差別ということとはできず、憲法14条に違反するものではない」

「民法772条1項は……婚姻中であっても、夫婦が事実上の離婚をして別居し、まったく交渉を絶って、夫婦の実態が失われていた時期に出生した子については、嫡出の推定を受けないものと解される（最高裁判所昭和44年5月29日第二小法廷判決参照）…（提出資料から夫婦の実態が失われていたことは明白には認定できず）…本件届出は、戸籍事務管掌者が職務上の義務を尽くして審査しても不受理と判断されるべきものであり、職務上の義務違反があるとはいえず、また、その審査方法の合理性を肯定することができるから、憲法14条に違反するとはいえない」民法違反、権利条約違反も同様に請求棄却。

- ・ 900 条 4 号但書：非嫡出子相続分差別（社会的身分による差別とされる）

【最大判平 7.7.5】非嫡出子相続分差別違憲訴訟[27827501]

遺産分割申立事件：一審：非嫡出子 1/2 を適用→抗告棄却→特別抗告棄却

被相続者の嫡出子 A,B,C,D、死亡した嫡出子 E の子 F,G,H、死亡した非嫡出子 I の子 X,I,J の遺産分割につき、X が申し立てたもの。非嫡出子差別は法の下での平等に反すると主張した。

一審は、「行法の許において、申立人の希望に沿ってその共有持分を一八分の一とすることはできない」として 33 分し A,B,C,D が各 6、F,G,H が各 2、X,I,J が各 1 の持ち分とした。高裁も支持。

「相続制度は、被相続人の財産を誰に、どのように承継させるかを定めるものであるが、その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかはない……本件規定を含む法定相続分の定めは、右相続分に従って相続が行われるべきことを定めたものではなく、遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえず、これを憲法一四条一項に反するものということとはできないというべきである」

「本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の二分の一の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったもの……現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできないのであって、本件規定は、合理的理由のない差別とはいえず、憲法一四条一項に反するものとはいえない」

（可部補足）法律婚主義の当然の帰結で、法律婚の配偶者からすれば差別がないと納得できない（←無意味？）

（大西補足・園部同調）合理性はかなり疑わしいが、なお著しく不合理とはいえない

（千種・河合補足）いまや合理性に疑いがあるが、立法で対処すべきで、なお著しく不合理とはいえない

（中島・大野・高橋・尾崎・遠藤反対）中間審査すべき。「憲法二四条二項が相続において個人の尊厳を立法上の原則とすることを規定する趣旨に相容れない。すなわち、出生について責任を有するのは被相続人であって、非嫡出子には何の責任もなく、その身分は自らの意思や努力によって変えることはできない。出生について何の責任も負わない非嫡出子をそのことを理由に法律上差別することは、婚姻の尊重・保護という立法目的の枠を超えるものであり、立法目的と手段との実質的関連性は認められず合理的であるということとはできない」「立法目的が非嫡出子を保護するものであるというのは、立法当時の社会の状況ならばあるいは格別、少なくとも今日の社会の状況には適合せず、その合理性を欠くといわざるを得ない」「社会的影響等を勘案するならば、少なくとも今日の時点において、婚姻の尊重・保護という目的のために、相続において非嫡出子を差別することは、個人の尊重及び平等の原則に反し、立法目的と手段との間に実質的関連性を失っている」「本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべき」

(尾崎追加反対)「我々が目指す民主主義社会にとって法の下での平等はその根幹を成す重要なものであるが、本件規定の立法目的には合理性も必要性もほとんどない上、結果する犠牲は重大である。しかも、本件規定がなくとも具体的事情に適した結果に達する方途は存在する(嫡出子に多く相続させる遺言を残せばよい)。本件規定の立法目的と非嫡出子の差別との間には到底実質的関連性を認めることはできない(法律婚主義にとって非嫡出子差別は必要ではない)。いわば無用な犠牲を強いる本件規定は、憲法に違反するものというべきである」

【最判平 12.1.27】預金払戻請求事件(賛成4:反対1)

【最判平 15.3.28】預金払戻請求等事件(賛成3:反対2)

【最判平 15.3.31】預金返還請求等事件(賛成3:反対2)

【最判平 16.10.14】不当利得返還請求事件(賛成3:反対2)

【最決平 21.9.30】遺産分割申立事件(賛成3:反対1)

【最決平 23.3.9】遺産分割審判(高裁合憲→大法廷回付→裁判外で和解→小法廷に戻し却下)

【東京高判平 5.6.23】非嫡出子相続分差別違憲控訴審判決[25000045]

遺産分割審判事件:一審:非嫡出子差別肯定→控訴:非嫡出子差別は違憲(上告せず確定)

中間審査により違憲「右の規制があるからといって、婚外子の出現を抑止することはほとんど期待できない上、非嫡出子から見れば、父母が適法な婚姻関係にあるかどうかはまったく偶然なことに過ぎず、自己の意思や努力によってはいかんともしがたい事由により不利益な取扱いを受ける結果となることが留意されるべきである。これは、たとえていえば、正に「親の因果が子に報い」式の仕打ちであり、人は自己の非行のみによって罰又は不利益を受けるという近代法の基本原則にも背反していることが見逃されてはならない」母が離婚後子をもうけた場合、母の相続についても差別があるから「規制の範囲が立法の目的に対して広きにすぎる」として「民法九〇〇条四号但書前段の規制は、目的に対して広すぎるという意味で正確性に欠けるだけでなく、婚外子の出現を抑止することに関しほとんど無力であるという意味で、適法な婚姻に基づく家族関係の保護という立法目的を達成するうえで事実上の実質的関連性を有するといえるかどうか、はなはだ疑わしい」

【名古屋高判平 23.12.21】非嫡出子相続分差別違憲訴訟[25444164]

遺留分減殺請求事件:一審:非嫡出子差別肯定→控訴:非嫡出子差別は違憲→上告中(大法廷回付)

被相続人Aの非嫡出子X1と嫡出子の三男X2が、嫡出子の長男Y1、次男Y2、四男Y3に対して遺留分減殺請求権による登記の移転等を求めたもの。AはY1に生前贈与をした上、遺産をすべて妻Bに遺贈する旨の遺言を残したため、遺留分減殺の意思表示をしたが、その後Bも死去したため、X1、X2とY1、Y2、Y3の訴訟になった。

「憲法24条を承けた民法が法律婚主義を採用している以上、法律婚とそれに基づく法律関係を優遇するとの本件規定の立法理由には、尊重し優遇されるべき法律婚が現に又は過去に存在している状態で出生した非嫡出子との関係において一定の合理的根拠となり得る……憲法14条1項に反するものとはいえないというべき」

「本件規定は法令として違憲であり無効なものとはいえないが、少なくとも、平成16年4月当時(本件相続が開始した当時)において、被相続人が1度も婚姻したことがない状態で被相続人の非嫡出子として出生した子について、被相続人がその後婚姻した者との間に出生した嫡出子との関係で本件規定を適用することは、本件規定の前記立法理由をもって正当化することは困難であり、本件規定の適用により生ずる前記のような差異を合理的理由のあるものとして支持するに足りなくなったというべきであるから、上記のような状態で出生した非嫡出子について本件規定を適用する限度で、本件規定は憲法14条1項に違反して無効というべきである」

【最大決平 25.9.4 民集 67-6-1320】非嫡出子相続分差別違憲判決[S24ク984]

第2款 性別による差別の禁止

1. 14条1項:すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない

2. 性別による差別

【最大判昭 28.6.24】強姦罪の客体が女性に限られるのは合憲[27760403]

暴行、強姦致傷事件。「国民がその関係する各個の法律関係においてそれぞれの対象の差に従い異なる取扱を受けることまで禁ずる趣旨を包含するものでないこと、並びに、国民の各人には経済的、社会的その他種々な事実的差異が現存するのであるから、一般法規の制定又はその適用においてその事実的差異から生ずる不均等があることは免れ難いところであり、従つて、その不均等が一般社会観念上合理的な根拠のある場合には平等の原則に違反するものといえない」強姦の主体を男性、客体を女性に限ったのは「男女両性の体質、構造、機能などの生理的、肉体的等の事実的差異に基き且つ實際上強姦が男性により行われることを普通とする事態に鑑み、社会的、道徳的見地から被害者たる「婦女」を特に保護せんがためであつて、これがため「婦女」に対し法律上の特権を与え又は犯罪主体を男性に限定し男性たるの故を以て刑法上男性を不利益に待遇せんとしたものでないことはいうまでもないところであり、しかも、かかる事実的差異に基く婦女のみの不均等な保護が一般社会的、道徳的観念上合理的なものであることも多言を要しないところである。されば、刑法一七七条の規定は、憲法一四条に反するものとはいえない」

(栗山意見) 原審で違憲の主張はしていないから上告理由にならず、不適法を理由に上告棄却。

【東京地判昭 41.12.20】女性結婚退職制は不合理な差別 (住友セメント事件)

3. 性同一性障害

【東京高判平 9.9.16】東京都青年の家事件[28030702]

団体約 441 万円、会員 69.5 万円×3 請求→一審：団体 26.72 万円、他棄却→控訴：団体 16.72 万円、他棄却
同性愛者の団体（権利能力なき社団）が府中青年の家を利用した際、他の利用者から嫌がらせを受けたため、善処を求めたために行われた交渉での青年の家所長が侮辱的な発言をし、都教委事務局の社会教育部計画課長が同団体の利用を拒絶したもの。控訴審は拒絶によって交渉等の費用が生じたのなら、具体的に主張せよとして、概括的に 10 万円を認定した一審から当該部分を削除。

「都教育委員会が、青年の家利用の承認不承認にあたって男女別室宿泊の原則を考慮することは相当であるとしても、右は、異性愛者を前提とする社会的慣習であり、同性愛者の使用申込に対しては、同性愛者の特殊性、すなわち右原則をそのまま適用した場合の重大な不利益に十分配慮するべきであるのに、一般的に性的行為に及ぶ可能性があることのみを重視して、同性愛者の宿泊利用を一切拒否したものであって、その際には、一定の条件を付するなどして、より制限的でない方法により、同性愛者の利用権との調整を図ろうと検討した形跡も窺えないのである。したがって、都教育委員会の本件不承認処分は、青年の家が青少年の教育施設であることを考慮しても、同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたものであり、施設利用の承認不承認を判断する際に、その裁量権の範囲を逸脱したものであって、地方自治法二四四条二項、都青年の家条例八条の解釈適用を誤った違法なのというべき」

【最決平 19.10.19】判例（性同一性障害者の性別変更）[28132476]

性別の取り扱いの変更申立て→一審：却下→抗告棄却→特別抗告棄却

「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項が、性別の取扱いの変更の審判を請求することができる性同一性障害者の範囲について、〔1〕 20 歳以上であること、〔2〕 現に婚姻をしていないこと、〔3〕 現に子がいないこと、〔4〕 生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること、〔5〕 その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること、のいずれにも該当すること」を定めているうち、3 が憲法 13,14,25 条違反と主張したもの。

「性同一性障害者につき性別の取扱いの変更の審判が認められるための要件として「現に子がいないこと」を求める性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律 3 条 1 項 3 号の規定は、現に子のある者について性別の取扱いの変更を認めた場合、家族秩序に混乱を生じさせ、子の福祉の観点からも問題を生じかねない等の配慮に

基づくものとして、合理性を欠くものとはいえないから、国会の裁量権の範囲を逸脱するものということとはできず、憲法13条、14条1項に違反するものとはいえない]

第3款 国籍法と性差別

1. 父系血統主義違憲訴訟

【東京高判昭 57.6.23】判例（国籍法と性差別）[27604039]

出生により日本国籍を有することの確認→一審：国籍法規定合憲→控訴棄却→上告（棄却？）

米国籍の父と日本国籍の母の間に日本で生まれた子が、国籍法二条の「出生により日本国籍を取得する場合として、「出生の時に父が日本国民であるとき」（一号）、「出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったとき」（二号）、「父が知れない場合又は国籍を有しない場合において、母が日本国民であるとき」（三号）及び「日本で生れた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき」（四号）のいずれ」にも該当しないため日本国籍を取得できなかったもの。

母が日本国民であるときの規定がないのが違憲としても、違憲立法審査権は、存在する規定についてそれが違憲であるかどうかを審査し、違憲と判断したときにはこれを無効として、つまりいわば存在しないものとして、適用しないことを本質とする。ある規定が実定法上に存在しないとき、それがいかに憲法上望ましいものであろうとも、違憲立法審査権の名の下に、これを存在するものとして適用する権限は裁判所に与えられていないのである」→父母両系平等主義しか憲法上取りえないなら、条理により裁判所が法の欠缺を補充できるが、生地主義や両親血統主義なども採りうるから「国籍法改正に当つて、そのうちのどれを採用するかは立法府である国会の自由である。このような場合には、司法府である裁判所は、条理の名によつて、特定の基準を採用してこれを実在の法として適用することはできないものと云わなければならない。要するに、国籍付与制度自体の違憲性を論じ、合憲の国籍法を制定するのは、国会の権限でありかつ義務であつて、裁判所の権限でもなく又義務でもない」→のち改正（昭 59）

2. 日本人父による生後認知の場合の準正子・非準正子差別

【最大判平 20.6.4 民集 62-6-1367】国籍法違憲判決[H18 行ツ 135]

日本国籍を有することの確認請求→一審：確認→控訴：破棄（請求棄却）→上告：

日本国籍の父とフィリピン籍の母（出生時違法滞在）の子が、父の認知を得たが、当時の国籍法 3 条が認知に加えて父母の婚姻を要求していたため、国籍が取得できなかったもの（胎児認知なら婚姻不要）。

「立法目的自体には、合理的な根拠があり、立法時には「一定の合理的関連性があった」が、社会的・経済的環境の変化、諸外国の動向など「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべき」「日本国籍の取得が、前記のとおり、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものであることにかんがみれば、以上のような差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだし難いといわざるを得ない。とりわけ、日本国民である父から胎児認知された子と出生後に認知された子との間においては、日本国民である父との家族生活を通じた我が国社会との結び付きの程度に一般的な差異が存するとは考え難く、日本国籍の取得に関して上記の区別を設けることの合理性を我が国社会との結び付きの程度という観点から説明することは困難である。また、父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、日本国民である母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子が届出による日本国籍の取得すら認められないことには、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるというべき……国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われぬ限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取

得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別を生じさせている」

簡易帰化制度や偽装認知のおそれを踏まえても、「本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、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」違憲である。

「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、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は、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである」

(泉補足) 国会が父母の婚姻を除く以外の立法措置を取る蓋然性は低いから多数意見の処理が認められる。

(今井補足、那須・涌井同様) 違憲解消のためには国籍を準正子にも与えないか、非準正子にも与えるかのどちらかしかなく、前者が違憲立法審査権で許されるなら後者も許されよう

(田原補足) 胎児認知子と生後認知子の差別も重視すべきだが、法務大臣への届の要否は合理的区別である。

(近藤補足) 国会が今後別な要件を設けると、法改正前後で差異があるが、それは異とするに足りぬ。

(藤田意見) 要件が過剰なのではなく、不十分なのである。

(横尾、津野、古田反対) 国籍法3条の規定は合憲。仮に違憲でも国籍を認めるのは司法権の限界を超える。

(甲斐中、堀籠反対) 3条は創設的・授権的規定で立法不作為が違憲であるにすぎず、判決で国籍付与はできぬ。

3. 重国籍制限規定

- ・ 国籍法12条「出生により外国の国籍を取得した日本国民で国外で生まれたものは、戸籍法(昭和22年法律第224号)の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示をしなければ、その出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う」

※元々は属地主義の国での出生に適用されていたが、父母両系血統主義に改めた際に適用範囲が拡大された。

【東京地判平24.3.23】判例(国籍喪失規定) [25493204]

日本国籍確認→一番：棄却(1名のみ予備的請求の再取得を認定し確認)→控訴棄却(その後不明)

日本国籍の父とフィリピン国籍の母の嫡出子として、フィリピン国内で出生した子が「出生後3か月以内に父母等により日本国籍を留保する意思表示がされなかったため、国籍法12条の規定によりその出生の時にさかのぼって日本国籍を失ったことから、国籍法12条は日本国憲法(以下「憲法」という。)13条及び14条1項に違反し無効であると主張して、日本国籍を有することの確認を求めた」事件。なお、1名は千葉地方法務局に再取得の届出に行ったのに、日本国内に住所があると認めるのは困難として届出用紙を渡さなかったため、予備的請求として再取得による日本国籍取得を主張(実際には再取得の要件を満たしていた)。

目的：「実効性のない形骸化した国籍の発生を防ぐということは、国籍の本質に関わる重要な理念である上、実効性のない形骸化した国籍が生じるならば、国内法及び国際法上も看過し難い重篤な事態が生じかねないのであって、国籍に関する立法において重要な意味を持つものというべきであり、立法目的として合理性を有する」「1人の人間が複数の国籍を持つという重国籍状態が常態化することは、国家と国家との間、国家と個人との間又は個人と個人との間の権利義務に重大な矛盾衝突を生じさせるおそれがあるのであって、できる限り重国籍を防止し解消させるべきであるという理念は合理的」

手段：出生地による区別、国籍留保の意思表示の有無による区別、出生後に認知を受けた非嫡出子との区別はいずれも合理的な関連性があり国籍法12条は憲法14条に違反しない。憲法13条による国籍保持権の侵害の主張には、そもそも国籍はく奪ではないから違反しない。

第3章 精神的自由権

第1節 精神的自由権総論

第1款 総論

1. 行為類型による保護（一般法）
 - ・ 19条：思想良心（内心）の自由
 - ・ 21条：表現の自由
 - ・ 21条：集会結社の自由
2. 特性による保護（特別法）
 - ・ 20条：宗教的自由（手続的保護：政教分離）
 - ・ 23条：学問の自由（手続的保護：大学の自治）

第2節 思想・良心の自由（19条）

第1款 内心の自由

1. 思想：論理的・客観的な部分、良心：倫理的・主観的な部分とするが、分ける実益はない
2. 保護される思想・良心の範囲
 - ・ 内心説：内心の精神活動すべてを保護する（「物ごとに関する是非弁別の判断」も含む）
←「ウソ」でも真実と信じるなら保護しなければならないか
 - ・ 信条説（限定説）：人格形成に必要なあるいは密接な核心部分のみが保護される
←世界観までに至らない他人の主張への共感などは保護されないのか
 - ・ 信仰説（栗山裁判官）：比較憲法的視点から信仰の自由とする
←20条の存在意義がなくなるため、不適切

【最大判昭 31.07.04】謝罪広告事件：信条説を採用（補足2・1、反対2）

衆議院総選挙の候補者が、相手候補が汚職をしている旨政見放送で述べ、謝罪広告を求められたが、本人はなお汚職が事実であると信じ、陳謝の意もない場合、謝罪広告の強制ができるか否か→事実を認め、陳謝する程度であれば強制執行（代替執行）が認められる。

（栗山補足）19条で保護される思想・良心とは、信仰に限られるから強制執行できる。

（藤田・垂水反対）事実誤認の報告は別とし、19条は「物事に関する是非弁別の判断」を含むので違憲

【最判平 7.2.23】ネスレ日本事件（全員一致）

不当労働行為（分裂組合の組合員からのチェックオフの中止の申し入れを拒絶して組合費を天引きし、分裂元組合に交付したもの）に対する陳謝を含むポストノータイス命令は憲法19条に反しない。

3. 保障の絶対性
 - ・ 内面にとどまるか限り、反倫理的・反道徳的・反憲法的であっても保護される。
 - ・ 公権力による内面の推知・侵入の絶対的禁止（強制アンケート・心理学調査・洗脳等）
 - ・ 特定思想の有無を理由とする不利益処遇・優遇の禁止（レッドパージ）
 - ・ 沈黙の自由（内心の秘匿の権利）
4. 侵害事例：外部的行為を伴う内心は保護されるか
 - ・ 国会公務員法 97条：服務宣誓要求
憲法 99条により一般的遵守・擁護の範囲で合憲。解釈強要や思想調査の域に達すれば違憲。

- ・ 私企業による思想調査は合憲

【最大判昭 48.12.12】 三菱樹脂事件

- ・ 外部的行為は保護しないとする判例が多い

【最判昭 63.7.15】 麴町内申書裁判

ML派と書いても、あくまで外部的行為を書いただけ、とする。

【最判平 19.2.27】 君が代伴奏拒否事件（反対1）

【最判平 24.1.16】 国旗国歌訴訟（反対1）

職務命令は合憲とするが、国旗国歌訴訟で戒告処分2回目での減給は重きに失するとして取消し。

（宮川反対）戒告処分自体が裁量権逸脱

第3節 表現の自由 (21条)

第1款 表現の自由と違憲審査基準

1. トーマス・エマソンによる表現の自由の意義
 - ・ 民主主義 (政治的権利)、自由主義 (「思想の自由市場」)、個人主義 (自己実現)、社会的安全弁
2. 審査基準は厳格審査 : 表現の自由を規律する法律は違憲の疑い
 - ・ やむにやまれる目的 かつ 必要最小限の手段 (LRA-test)
⇔ 経済的自由は合理性の基準 (何らかの合理的な目的 / 手段)
3. 二重の審査 : 法令が違憲かどうかの審査 → 適用が違憲かどうかの審査
4. 表現内容による類型化
 - ・ 有力説) 政治的言論 / 非政治的言論 (デモ、煽動・教唆、選挙、報道 / 名誉棄損・プライバシー侵害、わいせつ、営利)、非営利的表現 / 営利的表現で後者は厳格審査までは不要とする
← 政府による権限濫用の虞れが少ない、過度な委縮のおそれが少ない (特に営利表現)
 - ・ 通説) いかなる内容であっても厳格審査が必要

第2款 文面審査

1. 文面審査① 事前差し止め : 21条2項「検閲の禁止」の解釈
 - ・ 従来通説 : 一元説 = 2項検閲の禁止は確認規定
 - ・ 近時有力説 : 二元説 = 事前抑制の原則禁止とその特別法としての2項 : 検閲の絶対禁止
2. 検閲の定義

	主体	対象	時期	効果	目的	方法
広義	公権力	表現内容	受領前	相対的禁止	全部又は一部の禁止	網羅的一般的
判例	行政権	思想内容	発表前	絶対的禁止	抑制的效果を及ぼす	不問

3. 税関検査・教科書検定・監獄における新聞の墨塗りに合憲判断

【最大判昭 59.12.12 民集 38-12-1308】税関検査事件[S57 行ツ 156]

一審一部勝訴 (輸入禁止取消) → 二審全面敗訴 → 上告棄却

検閲を「行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」とし、税関検査は、①国外において既に発表されており事前の規制ではない、②関税徴収に付随し思想内容一般を網羅的に調査するものでない、③税関は関税徴収にあたって付随的に検査をするにとどまる、という点から、検閲ではないとした。

【最大判昭 58.6.22 民集 37-5-793】よど号ハイジャック記事抹消事件

一審敗訴 → 二審敗訴 → 上告棄却

逃亡及び罪証隠滅のほか、監獄内の規律・秩序維持に障害を生じる蓋然性がある場合に、必要かつ合理的な範囲で閲読の自由の制限を許容。蓋然性の判断は合理性が認められる限り、監獄の長の判断を是認すべき

【東京地判昭 45.7.17】家永教科書裁判第二次一審 (杉本判決 : 不合格処分取消請求)

教科書検定は検閲でなく、合憲だが、学問的見解を含む思想内容に及んではならない、として一部違憲。

【東京地判昭 49.7.16】家永教科書裁判第一次一審 (高津判決 : 国賠請求)

教科書検定は検閲でなく、合憲。検定意見の一部は不当であり、S37 検定は不当な検定意見を除いても不合格なので賠償を認めず、S38 検定条件付合格で修正を余儀なくされた点で損害賠償を認容。

【最判昭 57.4.8】家永教科書裁判第二次上告審（破棄差戻し）

国側控訴・棄却→国側上告。控訴審口頭弁論終結後の学習指導要領改訂により、訴えの利益がなくなった可能性の審理をさせるため破棄差戻し。差戻し控訴審で訴えの利益を認めず。

【最判平 5.3.16 民集 47-5-3483】家永教科書裁判第一次上告審（上告棄却）

双方控訴・原告全面敗訴→原告上告。検定は文部大臣の裁量が認められ、国賠請求を認めるには「看過し難い過誤」が必要。

【最判平 9.8.29】家永教科書裁判第三次上告審（国賠請求：一部破棄自判、補 1、反 2・2）

請求額 200 万円：一審 10 万円→控訴審 30 万円→上告審 40 万円。検定は学問的に正確かを含め、文部大臣の裁量が認められ、国賠請求を認めるには「看過し難い過誤」が必要。補足意見・反対意見は検定意見の具体的な判断について。

【最判平 17.12.1】横浜教科書裁判（上告棄却）

一審一部勝訴（1/5）→双方控訴・原告全面敗訴→原告上告・棄却

教科書検定の文部大臣の裁量を広く認め、また「看過し難い過誤」の認定基準を打ち出す。

検定意見には、その実質において、〔1〕原稿記述が誤りであるとして他説による記述を求めるものや、〔2〕原稿記述が一面的、断定的であるとして両説併記等を求めるものなどがある。そして、検定意見に看過し難い過誤があるかどうかについては、上記〔1〕の場合は、検定意見の根拠となる学説が通説、定説として学界に広く受け入れられており、原稿記述が誤りと評価し得るかなどの観点から、上記〔2〕の場合は、学界においていまだ定説とされる学説がなく、原稿記述が一面的であると評価し得るかなどの観点から判断すべきである。また、内容の選択や内容の程度等に関する検定意見は、原稿記述の学問的な正確性ではなく、教育的な相当性を問題とするものであって、取上げた内容が学習指導要領に規定する教科の目標等や児童、生徒の心身の発達段階等に照らして不適切であると評価し得るかなどの観点から判断すべき

4. 名誉棄損・プライバシー侵害と事前差し止め

- ・「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ」許容される。

実体的要件：人格権に対する侵害の明白重大性・急迫性、被害の回復困難性

手続的要件：適正・公正な司法手続きによること

- ・対象が公務員等の場合「公共の利益に関する事項」であり、事前差し止めは原則的にできないが、表現内容が事実でないこと又はもっぱら公益目的でないことが明白かつ回復困難な損害を与える虞があるときは例外的に可能

【最大判昭 61.06.11】北方ジャーナル事件（上告棄却）

北海道知事選挙前に立候補予定の現職知事へ人身攻撃的批判をした記事を発行しようとし、差し止められたもの。

北方ジャーナルによる損害賠償訴訟：一審敗訴→控訴棄却→上告棄却

①検閲にあたるか：個別的であり、主体が司法であるから検閲ではない。

②事前差し止めはその内容が公共の利益に関する事項である場合、その表現内容が真実でないか又は専ら公益を図る目的のものでないことが明白であつて、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときに限り、例外的に許される。

【最判平 14.9.24】「石に泳ぐ魚」事件（発行差止請求等：被告上告棄却）

一審原告一部勝訴（公表差し止め認容、慰謝料一部認容、謝罪広告・回収依頼広告・図書館への通知は棄却）→被告控訴棄却→被告上告棄却

公共の利益に関しない事項で、プライバシー侵害・名誉棄損による回復困難な重大な損害を被らせるおそれがあるとして、発行差止め。

【東京高判平 16.3.31】田中眞紀子長女事件（週刊文春事件）

一審原告勝訴（差し止め仮処分認容）→被告抗告認容

田中眞紀子長女の離婚についての記事が掲載された週刊文春の差し止め仮処分が認められなかったもの。公共の利益に関するものでなく、公益目的でもないが、プライバシー侵害によって「重大な著しく回復困難な損害を被らせるおそれがある」とまではいえないから。

【最判平 2.12.13】天皇風刺ビラ差押事件

5. 性表現の差止め

【最判平 1.9.19】岐阜県青少年保護条例事件（上告棄却・補足1）

一審（岐阜簡）罰金 6 万円→控訴棄却→上告棄却

有害図書自動販売機への収納を禁止処罰する岐阜県青少年保護育成条例 6 条 2 項、6 条の 6 第 1 項本文、2 1 条 5 号の規定は、憲法 2 1 条 1 項に違反しない

「本条例の定めるような有害図書が一般に…青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっていると見てよい。…しかも、自動販売機業者において、前記審議会の意見聴取を経て有害図書としての指定がされるまでの間に当該図書の販売を済ませることが可能であり、このような脱法的行為に有効に対処するためには、本条例六条二項〔写真の内容で規制すること〕による指定方式も必要性があり、かつ、合理的であるというべきである。そうすると、有害図書自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法二一条一項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法二一条一項に違反するものではない」

【最判平 21.3.9】判例（福島県条例）

一審有罪（罰金計 50 万円・猶予 3 年つき懲役 6 月）→二審破棄自判（事実上変化なし）→上告棄却

無人小屋に自動販売機を設置し、監視カメラによって 18 歳以上と確認できれば購入できるようにする（怪しい場合は確認書類を提示させる）仕組みで有害図書類である DVD を販売していたが、自動販売機であるとして有罪となった。

【最判平 11.2.23】メイプルソープ写真集事件

メイプルソープの回顧展における作品集を入国時に没収された事案。

一審棄却→（控訴棄却）→上告棄却

税関検査事件の判例を引用し、猥褻物であるとして棄却

（園部補足）芸術性が認められていれば所持目的だけならいいが、頒布目的と区別がつかないのでやむを得ない（尾崎・元原反対）わいせつ性について見解が分かれるもの場合は、税関長に事前審査の権限がないとすべき→国内で流通させ、問題がある場合はわいせつ物陳列等で罰する。

【最判平 20.2.19】第二次メイプルソープ写真集事件

国内で販売されたメイプルソープの写真集を出版した会社の社長が米国に持ちだし、帰国時に税関で輸入禁制品該当通知がされた事案。

一審原告勝訴（輸入禁制品該当通知取消を認容、国賠請求は一部認容）→被告控訴破棄自判（原告請求全部棄却）

→原告上告破棄自判（輸入禁制品該当通知取消を認容、国賠請求は棄却）

上の判決枠組みを維持した上で、写真集の構成・芸術性を検討し、「風俗を害すべき書籍、図画」ではないとした。ただし、税関長の判断には相応の理由がないとまでは言えないため、国賠請求は認められない。

※第一次事件とは異なる写真集のため、抵触しない、とする。

（堀籠幸男反対）「風俗を害すべき書籍、図画」にあたる。最大判昭 32.3.13（27760577：チャレタイ事件上告審判決：刑法 175 条の「猥褻文書」の意味）は「芸術性とわいせつ性は別異の次元に属する概念である」と

しているから、芸術性があればわいせつ性を否定できるわけではない。

6. 文面審査② 漠然性ゆえ無効の法理（明確性の原則）

- 合理的な限定解釈によって法分の漠然不明確性を除去できないときは、合憲的適用の範囲でも文面上違憲無効とする
- 最高裁は「通常の判断能力を有する一般人の理解」で判断基準が読みとれれば合憲とする。

【最大判昭 50.9.10 刑集 29-8-489】徳島市公安条例事件：主に憲法 31 条に対する合憲性

一審：罰金 5,000 円（条例は憲法 31 条違反、道路交通法違反で罰金）

→検察控訴：棄却→検察上告：破棄自判：罰金 10,000 円

総評専従の被告人が徳島県反戦青年委員会のデモでだ行進を行い（道路交通法 77-3、119-1-13 違反）、だ行進を煽動した（徳島県公安条例違反）として起訴され、公安条例が違憲かどうか問われたもの。条例の「交通秩序を維持すること」とする規定は、抽象的で「立法措置として著しく妥当を欠く」としつつ、憲法 31 条に反するかは「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」で判断するべきであり、本条例は違憲ではない。

（小川・坂本補足）肅然とした行進をある程度超えるのは容認するという前提で賛成

（岸補足）表現が国や地方公共団体に好ましくないから規制する、というのであれば違憲。

（団藤補足）表現そのものの規制と表現の態様の規制を区別すべき。

（高辻意見）本条例は明確性を欠くが、本件は明らかに犯罪構成要件に当たるから有罪とすべき。

7. 文面審査③ 過度に広汎ゆえ無効の法理

- 文言が明確であっても、過度に広汎である場合は文面審査を主張できる。
- 最高裁は東京都公安条例事件で広範なデモ規制を認める

【最判昭 35.7.20 刑集 14-9-1243】東京都公安条例事件（破棄差戻し・反 2）

全学連の無許可デモが東京都公安条例違反（デモの許可制）に問われたもの。

一審：1 名有罪（住居侵入罪で罰金 2,000 円）、他無罪（東京都公安条例は一般的禁止を含み憲法 21 条違反）

→検察控訴→最高裁移送（違憲のみを理由とする控訴の移送）→破棄差戻し→差戻一審

中村光男：東大、日本反戦学生同盟委員長。条例違反・アメリカ大使館侵入（住居侵入）で罰金 15,000 円

小川泰弘：東大、都学連執行委員。全学連の勤評反対デモでだ行進・渦巻行進、条例違反で罰金 10,000 円

塩川喜信：東大、都学連委員長。警職法反対無届デモをした、条例違反で罰金 10,000 円（以下同）

伊藤嘉六：東大、全学連中執

松永毅士：早大、第二政経自委員長

金子厚三：法大、二部自治会委員

由井一弘：法大、全国夜間学生自治会総連合中央執行委員、都学連副委員長

「集団行動、とくに集団示威運動は、本来平穏に、秩序を重んじてなされるべき純粋なる表現の自由の行使の範囲を逸脱し、静ひつを乱し、暴力に発展する危険性のある物理的力を内包している……国家、社会は表現の自由を最大限度に尊重しなければならないことももちろんであるが、表現の自由を口実にして集団行動により平和と秩序を破壊するような行動またはさような傾向を帯びた行動を事前に予知し、不慮の事態に備え、適切な措置を講じ得るようにすることはけだし止むを得ないものと認めなければならない……濫用の虞れがあり得るからといって、本条例を違憲とすることは失当である」

（藤田反対）届出制は合憲だが、許可性は違憲。

（垂水反対）不許可の場合の救済手段がない。軽い制限は合憲としつつ、場所による制限のあり方を詳細に検討

第3款 デモ行進

1. デモは動く集会（集会の自由）か、スピーチプラス（表現・言論の自由）か
→実際は両方 21 条なので論じる実益は乏しい。
- ・デモ規制…公安条例（治安維持目的）、道路交通法（交通秩序維持目的）

【最大判昭 29.11.24】新潟県公安条例事件

「行列行進又は公衆の集団示威運動（以下単にこれらの行動という）は、公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところであるから、条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」としつつ、条例は実質的にここでいう許可制ではないとして合憲判断（藤田反対）同じ理由から違憲判断。

【最判昭 57.11.16 刑集 36-11-908】エンタープライズ寄港阻止佐世保闘争事件

労組等の集会に角材等を持って強引に参加し、デモ本体の進路によらず橋の強行突破等をしようとした学生が道路交通法違反・公務執行妨害等に問われたもの。

一審有罪（懲役 6～12 月、一部被告は執行猶予付）→双方控訴（執行猶予取消 1 名）→一部被告上告：棄却
デモによる「道路使用の許可に関する明確かつ合理的な基準を掲げて道路における集団行進が不許可とされる場合を厳格に制限して」おり、「道路における集団行進に対し同条一項の規定による許可が与えられない場合は、当該集団行進の予想される規模、態様、コース、時刻などに照らし、これが行われることにより一般交通の用に供せられるべき道路の機能を著しく害するものと認められ、しかも、同条三項の規定に基づき警察署長が条件を付与することによつても、かかる事態の発生を阻止することができないと予測される場合に限られることとなるのであつて、右のような場合にあたらない集団行進に対し警察署長が同条一項の規定による許可を拒むことは許されない」から、この規定は憲法 21 条違反ではなく、合憲。

第4款 煽動・教唆

1. 煽動と教唆 … 一応特性は挙げられるが、境界はあいまい、
 - ・煽動：不特定多数を感情的にあおる
 - ・教唆：特定人を理性的にそそのかす
2. 判例：煽動罪は合憲（抽象的危険で足りる）
 - ・通説：「明白かつ現在の危険」基準 ← 事実認定に裁判官の恣意が入りやすい、表現内容を評価しない（抽象的に「やってこい！」でも規制すべきなのか）
 - ・有力：ブランデンバーグ基準「差し迫った非合法的な行為を煽動もしくは生ぜしめることに向けられ、かつ、そのような行為を煽動し、生ぜしめる可能性がある場合」に限る。

【最判昭 24.5.18】食糧緊急措置令違反事件

一審：懲役 6 月→被告人控訴棄却→被告人上告棄却

日本農民組合北海道連合会の常任書記が 250～350 名参加の農民大会で、「供出の必要も糞もない」「供出米も月割供出にして政府が再生産必需物資をよこさぬかぎり、米は出さぬことに決議しようではないか」との趣旨を申し述べ、食糧管理法の規定に基く命令による政府に対する売渡しをなさざることを煽動したものを。

不供出の煽動は「政府の政策を批判し、その失政を攻撃するに止るものではなく、国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を慫慂し、公共の福祉を害するものである。されば、かゝる所為は、新憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべきものであるから、これを犯罪として処罰する法規は新憲法第二条の条規に反するものではない」として上告棄却。

※抽象的危険にすぎない点、米の不供出の直接煽動でない（決議を訴えただけ）という批判。

【最判平 2.9.28】渋谷暴動事件（昭 46.11.14 暴動発生）

一審(東京地判昭 60.10.16)：懲役 3 年執行猶予 5 年→被告人控訴棄却→上告棄却（全員一致）

中核派活動家（中核派全学連委員長 松尾眞→現在、栄村ネットワーク理事）が渋谷暴動事件（機動隊員 1 名死亡）を前にした集会（10/21,11/10）での演説が、破壊活動防止法 39,40 条の煽動にあたることとされた事案。

「せん動として外形に現れた客観的な行為を処罰の対象とするものであって、行為の基礎となった思想、信条を処罰するものでないことは、各条の規定自体から明らか」

弁護士葉山岳夫は動労千葉顧問。

※規制内容として明確性があるか？ 4 日後の暴動は「差し迫った」あるいは「現在の」危険か？

- ・参考）LRA 基準が最初に使われた判例：猿払事件一審（控訴審も同旨）

【旭川地判昭 43.3.25】猿払事件一審[27670453]

総選挙に際して、勤務時間外に非管理職の郵政事務官がポスターを掲出するなどした行為が国家公務員法に反するとされたもの。一審無罪→検察控訴棄却→検察上告破棄自判（罰金 5,000 円）

詳細に検討した上で、懲戒処分は別段、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行った人事院規則一四一七、六項一三号の行為で且つ労働組合活動の一環として行われたと認められる所為に刑事罰を加えることをその適用の範囲内に予定している国公法一一〇条一項一九号は、このような行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては、合理的にして必要最小限の域を超えたもの」

第 5 款 選挙

1. 学説：政治的言論ゆえ最も厳格な審査が必要であり、LRA の基準の審査が必要と批判
 2. 事前運動・戸別訪問：規制がないと不当な競争で選挙の公平性が阻害され、不正の温床となり、選挙の腐敗につながるおそれがある、として合憲判断（S56.7.21 伊藤補足参考）
- ・戸別訪問禁止の理由：①不正防止、②強要の虞（←秘密投票）、③組織の強弱の影響（←組織が弱い候補こそ戸別訪問が必要）、④迷惑（←なら訪問販売も禁止すべき）、⑤情実に流れる（←情実で投票して悪いのか）、⑥現職に不利（←現職は知名度等でそもそも有利）とされるが、①以外はまともな理由でなく、①だけなら LRA でアウト。

【最大判昭 44.4.23】判例（事前運動の禁止）（全員一致）

教員であったが組合運動で免職となった被告人が、新宿区議会議員選挙に立候補するにあたり、事前に文書を配って投票を依頼したため、事前運動にあたることとされたもの。

一審罰金 30,000 円・公民権停止 2 年→被告人控訴棄却→被告人上告棄却

「公職の選挙につき、常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある・・・公職選挙法一二九条・・・は、まさに、右の要請に応えようとする趣旨に出たものであつて、選挙が公正に行なわれることを保障することは、公共の福祉を維持する所以であるから、選挙運動をすることができる期間を規制し事前運動を禁止することは、憲法の保障する表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であるといふことができる」

【最大判昭 56.7.21】判例（戸別訪問全面禁止） 1

一審：罰金 15,000 円・公民権停止 3 年→被告控訴：破棄自判・罰金 15,000 円・公民権停止 3 年（改正後の条文を適用しているように読めたから）→被告上告：上告棄却

立川市議選で共産党の候補者が事前に戸別訪問して投票を依頼したとされたもの。

一審での強引な訴訟指揮が取り上げられたが、控訴審はことごとく退けた。鈴木亜英弁護士が載っている。

(伊藤補足) (1) 戸別訪問は買収、利益誘導等の不正行為の温床となり易く、選挙の公正を損うおそれの大きいこと、(2) 選挙人の生活の平穏を害して迷惑を及ぼすこと、(3) 候補者にとつて煩に堪えない選挙運動であり、また多額の出資を余儀なくされること、(4) 投票が情実に流され易くなること、(5) 戸別訪問の禁止は意見の表明そのものを抑止するものではなく、意見表明のための一つの手段を禁止するものにすぎないのであり、以上にあげたような戸別訪問に伴う弊害を全体として考慮するとき、その禁止も憲法上許容されるものと解されること、という5つの理由をすべて批判し、単に選挙は単一のルールの下で競われるべきで、そこに裁量は広く認められるから合憲。

【最判昭 59.1.20】判例（戸別訪問全面禁止） 2

一審：罰金 15,000 円→被告控訴棄却→被告上告棄却

町田市議選で選挙運動期間中に候補者（共産党）の夫が、団地で選挙運動で迷惑をかけている旨の挨拶まわりをしたことが戸別訪問とされたもの（現行犯逮捕）。

個別に候補者の名前を言いあるく行為は戸別訪問の脱法行為となりうるので、禁止した公選法 138-2 は合憲。

【最大判昭 30.3.30】判例（文書活動の制限）

選挙運動期間中に労働組合の機関紙上にて推薦候補者の名称を推薦決定告知として記載し配布したことが公選法違反とされたもの。

一審無罪→検察控訴・罰金 3,000 円→被告人上告棄却

一審は推薦告知のみで選挙運動のために配布されたと認めるに足りないとして無罪。

「文書図画の無制限の頒布、掲示を認めるときは、選挙運動に不当の競争を招き、これが為却つて選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果を来たすおそれがあると認めて、かかる弊害を防止する為、選挙運動期間中を限り、文書図画の頒布、掲示につき一定の規制をしたのであつて、この程度の規制は、公共の福祉のため、憲法上許された必要且つ合理的の制限と解することができる」

【最判昭 54.12.20】判例（報道・評論の規制）

一審：罰金 10,000 円→双方控訴：棄却→被告人上告：棄却

埼玉県議会議員選挙に際し、公職選挙法 201 条の 14 所定の機関紙でなく、かつ、毎月三回以上号を逐つて定期に有償頒布していない新聞紙「政経タイムス」に、埼玉北一区から立候補した3候補の得票数の予想を論じ、さらに「中石の前には栄光に輝く当選はなく、失意の落選以外のものはない」と批評した4月3日付同新聞号外約 25,000 部を編集印刷し、翌四月四日付各新聞紙に折込配付したものを。公選法 201-3 で、選挙中の報道・評論の自由が有償定期発行される新聞紙・雑誌に限られていることの是非が問われた。

「選挙目当ての新聞紙・雑誌が選挙の公正を害し特定の候補者と結びつく弊害を除去するためやむをえず設けられた規定であつて、公正な選挙を確保するために脱法行為を防止する趣旨」「選挙に関する「報道又は評論」とは、当該選挙に関する一切の報道・評論を指すのではなく、特定の候補者の得票について有利又は不利に働くおそれがある報道・評論をいうものと解するのが相当である。さらに、右規定の構成要件に形式的に該当する場合であつても、もしその新聞紙・雑誌が真に公正な報道・評論を掲載したものであれば、その行為の違法性が阻却されるものと解すべきである」

【最判平 2.4.17】政見放送事件

一審：一部認容（NHK に計 60 万円の賠償認容：当該発言は他人が差別発言としてそういつている、という趣旨であり、発言者が他人を差別する意図で言ったものではない。自治省の指示はあおいでいたが、NHK は責任を免れず、国は NHK に指示ないし委託するものでないから責任を負わない）

NHK→原告、原告→国控訴：原告全面敗訴

原告上告：棄却

参議院選挙比例区で東郷健ら 10 名を擁立した雑民党の政見放送で、「めかんち、ちんばの切符なんか、誰も買

うかいな」の「めかんちやちんばの」の部分の音声のカットして放送し、不法行為への損害賠償を請求したもの。
「本件削除部分は、多くの視聴者が注目するテレビジョン放送において、その使用が社会的に許容されないことが広く認識されていた身体障害者に対する卑俗かつ侮蔑的表現であるいわゆる差別用語を使用した点で、他人の名誉を傷つけ善良な風俗を害する等政見放送としての品位を損なう言動を禁止した公職選挙法一五〇条の二の規定に違反するものである。そして、右規定は、テレビジョン放送による政見放送が直接かつ即時に全国の視聴者に到達して強い影響力を有していることにかんがみ、そのような言動が放送されることによる弊害を防止する目的で政見放送の品位を損なう言動を禁止したものであるから、右規定に違反する言動がそのまま放送される利益は、法的に保護された利益とはいえない」

(園部補足) 候補者の政見に関するものはどんな内容でも削除できないが、本件は政見でないから合憲。

第6款 報道・取材の自由

1. 報道・取材の自由の位置づけ：法人たるマスメディアの自由か、国民一般の自由か
 - ・知る権利に奉仕する機能を根拠に、マスメディアに報道の自由を認める
 - ・表現活動を目的とするマスメディアは結社の自由を保障されるから、人権享有主体とすべき
 - ・メディアは個人の表現の自由保障のための媒体かつ一定の身分保障機能を持つもの
 - ・マスメディアの特権としてプレスの自由を保障する(米・独)
 - ・国民一般の表現の自由であり、マスメディアの特権ではない(判例)
2. 報道機関の役割：公権力監視・多様な意見の流通・公論の形成に資する存在。
3. 取材源の秘匿：民事では「職業の秘密」として保護(ただし公益等との比較衡量)

取材の自由は保護しない(石井記者事件) → 十分尊重に値する(NHK記者事件)

【最大判昭 27.8.6 刑集 6-8-974】石井記者事件

一審罰金 3,000 円 → 被告人控訴棄却 → 被告人上告棄却

朝日新聞の記者が刑訴法 226 条に基づく裁判所の証人尋問に際し、証人宣誓を拒否し証言を拒んだもの。

弁護士は岩田宙造(東久邇宮内閣・幣原内閣司法大臣、のち日弁連会長)・海野普吉(社会党顧問)・森川金寿(家永教科書裁判弁護団長)ら。

21 条の「保障は、公の福祉に反しない限り、いいたいことはいわせなければならないということである。未だいいたいことの内容も定まらず、これからその内容を作り出すための取材に関しその取材源について、公の福祉のため最も重大な司法権の公正な発動につき必要欠くべからざる証言の義務をも犠牲にして、証言拒絶の権利までも保障したものと到底解することができない。論旨では新聞記者の特種の使命、地位等について云為するけれども、憲法の右保障は一般国民に平等に認められたものであり、新聞記者に特別の権利を与えたものでないこと前記のとおりである。国民中の或種特定の人につき、その特種の使命、地位等を考慮して特別の保障権利を与うべきか否かは立法に任せられたところであつて、憲法二一条の問題ではない」

【最決平 18.10.3】NHK記者事件

一審：証言拒絶理由あり → 原告抗告：棄却 → 原告特別抗告：棄却

アメリカでの損害賠償請求訴訟に関わり、国際司法共助として日本で行われた証人尋問で、NHKの社会部記者だった者が民訴法 197 条 1 項 3 号「職業の秘密に関する事項」にあたるとして証言を拒絶したもの

「ある秘密が上記の意味での職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきである。そして、保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられるというべきである。」「報道関係者の・・・取材源の秘密は職業の秘密に当たる・・・当該取材源の秘密が保護に値する秘密であるかどうかは、当該報道の内容、性質、その持つ社会

的な意義・価値, 当該取材の態様, 将来における同種の取材活動が妨げられることによって生ずる不利益の内容, 程度等と, 当該民事事件の内容, 性質, その持つ社会的な意義・価値, 当該民事事件において当該証言を必要とする程度, 代替証拠の有無等の諸事情を比較衡量して決すべき」「この比較衡量にあたっては, 次のような点が考慮されなければならない」「事実報道の自由は, 表現の自由を規定した憲法 21 条の保障の下にある・・・報道のための取材の自由も, 憲法 21 条の精神に照らし, 十分尊重に値する・・・当該報道が公共の利益に関するものであって, その取材の手段, 方法が一般の刑罰法令に触れるとか, 取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく, しかも, 当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため, 当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く, そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には, 当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり, 証人は, 原則として, 当該取材源に係る証言を拒絶することができる」

4. 刑事裁判のためのビデオ等提出命令→公正迅速な裁判との比較衡量で合憲判断

【最大決昭 44.11.26】博多駅TVフィルム事件（放送済み・裁判所の提出命令）[27760891]

昭 43.1.16 の博多駅頭事件（三派全学連 300 名を福岡県警機動隊が鎮圧したもの：公務執行妨害は無罪）での特別公務員暴行陵虐等付審判請求に関し, NHK ほか 4 局に取材フィルム全部の提出が命じられたもの
一審：提出命令→特別抗告：通常抗告すべきとして棄却→抗告棄却→特別抗告棄却

「公正な刑事裁判の実現を保障するために, 報道機関の取材活動によつて得られたものが, 証拠として必要と認められるような場合には, 取材の自由がある程度の制約を蒙ることとなつてもやむを得ない・・・このような場合においても, 一面において, 審判の対象とされている犯罪の性質, 態様, 軽重および取材したものの証拠としての価値, ひいては, 公正な刑事裁判を実現するにあつての必要性の有無を考慮するとともに, 他面において取材したものを証拠として提出させられることによつて報道機関の取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきであり, これを刑事裁判の証拠として使用することがやむを得ないと認められる場合においても, それによつて受ける報道機関の不利益が必要な限度をこえないように配慮されなければならない」→報道機関の不利益は「将来の取材の自由が妨げられるおそれがあるということとどまる」からやむを得ない

【最決平 1.1.30】日テレ・リクルート事件（マザーテープ・検察官の差押え）

衆議院議員榑崎弥之祐に対し, いわゆるリクルート疑惑に関する国政調査権の行使等に, 手心を加えてもらいたいなどの趣旨で, 三回にわたり多額の現金供与の申込をした現場（弁護士のアドバイスで榑崎が撮らせたもの。のち, 榑崎が告発し大問題になる）を撮影したテープを差し押さえたもの。

東京簡裁差押許可状発行→東京地裁への準抗告棄却→特別抗告棄却

枠組は博多駅事件に同じ。「本件は, 検察官の請求によつて発付された裁判官の差押許可状に基づき検察事務官が行つた差押処分に関する事案であるが, 国家の基本的要請である公正な刑事裁判を実現するためには, 適正迅速な捜査が不可欠の前提であり, 報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者の間に本質的な差異がない」

（島谷反対）博多駅事件より差押えの必要性に乏しいから違法

【最決平 2.7.9】TBSギミア・ぶれいく事件（マザーテープ・警察官の差押え）

暴力団が債権取り立てのため暴行傷害・脅迫した事件で, その状況を録画したマザーテープを司法警察員が差し押さえたもの

東京簡裁差押許可状発行→東京地裁への準抗告棄却→特別抗告棄却

枠組は博多駅事件に同じ。「撮影は, 暴力団組長を始め組員の協力を得て行われたものであって, 右取材協力者は, 本件ビデオテープが放映されることを了承していたのであるから, 報道機関たる申立人が右取材協力者のためその身元を秘匿するなど擁護しなければならない利益は, ほとんど存在しない。さらに本件は, 撮影開始後複数の組員により暴行が繰り返し行われていることを現認しながら, その撮影を続けたものであって, 犯罪者の協

力により犯行現場を撮影収録したものと見えるが、そのような取材を報道のための取材の自由の一態様として保護しなければならない必要性は疑わしいといわざるを得ない」

(奥野反对) 日本テレビ事件より差押えの必要性に乏しく、報道機関を保護すべき利益は大きいから違法

5. 法廷での取材方法…裁判官に広い裁量を与える (裁判の公開は公正を保障するためだから)

【最大決昭 33.2.17】 北海タイムス事件：撮影禁止は合憲

北海タイムス写真班員が公判開始後、裁判官席のある壇上に登り、制止されたにも関わらず被告人を撮影したため、法廷等の秩序維持に関する法律違反に問われたもの

一審過料 1,000 円→抗告棄却→特別抗告棄却

「憲法が裁判の対審及び判決を公開法廷で行うことを規定しているのは、手続を一般に公開してその審判が公正に行われることを保障する趣旨にほかならないのであるから、たとい公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であつても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するがごときものは、もとより許されない・・・公判廷における写真の撮影等は、その行われる時、場所等のいかによつては、前記のような好ましくない結果を生ずる恐れがあるので、刑事訴訟規則二一五条は写真撮影の許可等を裁判所の裁量に委ね、その許可に従わないかぎりこれらの行為をすることができないことを明らかにしたのであつて、右規則は憲法に違反するものではない。」

【最大判平 1.3.8 民集 43-2-89】 法廷メモ訴訟 (レペタ訴訟)：メモ禁止を妥当でないとする

アメリカワシントン州の弁護士資格をもつ者が、研究目的で裁判を傍聴するにあたり、メモを不許可 (記者クラブの記者は許可) とされたことにつき、国家賠償請求をしたもの

一審敗訴→控訴棄却→上告棄却

「筆記行為の自由は、憲法二一条一項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。」
「裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、傍聴人は法廷における裁判を見聞することができるのであるから、傍聴人が法廷においてメモを取ることは、その見聞する裁判を認識、記憶するためになされるものである限り、尊重に値し、故なく妨げられてはならないものというべきである」「筆記行為の自由は、憲法二一条一項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求されるものではないというべきである」
「公正かつ円滑な訴訟の運営は、傍聴人がメモを取ることに比べれば、はるかに優越する法益であることは多言を要しないところである。してみれば、そのメモを取る行為がいささかでも法廷における公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げる場合には、それが制限又は禁止されるべきことは当然」「当該事件の内容、証人、被告人の年齢や性格、傍聴人と事件との関係等の諸事情によつては、メモを取る行為そのものが、審理、裁判の場にふさわしくない雰囲気醸し出したり、証人、被告人に不当な心理的圧迫などの影響を及ぼしたりすることがあり、ひいては公正かつ円滑な訴訟の運営が妨げられるおそれが生ずる場合のあり得ることは否定できない」「それにもかかわらず、傍聴人のメモを取る行為が公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げるに至ることは、通常はあり得ないのであつて、特段の事情のない限り、これを傍聴人の自由に任せるべきであり、それが憲法二一条一項の規定の精神に合致する」「報道の公共性、ひいては報道のための取材の自由に対する配慮に基づき、司法記者クラブ所属の報道機関の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可することも、合理性を欠く措置ということとはできない」「原審の確定した前示事実関係の下においては・・・本件措置は、これを妥当なものとして積極的に肯認し得る事由を見出すことができない・・・本件措置は、合理的根拠を欠いた法廷警察権の行使であるというべきである」「裁判長の措置は、それが法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情のない限り、国家賠償法一条一項の規定にいう違法な公権力の行使ということとはできない」

→合理的ではなかったが、国家賠償請求を認容するほどの違法なものではない。

→裁判所の実務上の運用はメモ許可へ改められた。

6. 国家機密漏えいと取材…実質秘でなければ保護に値しない (西山記者事件)

【最決昭 53.5.31】西山記者事件

沖縄返還交渉を担当する審議官の秘書が、資料をコピーして記者に交付したものの。

一審：女性側懲役6月執行猶予1年、記者無罪→検察控訴：記者懲役4月執行猶予1年→記者上告棄却

○実質秘と形式秘につき、裁判所の判断する実質秘のみを保護することを明言

「国家公務員法一〇九条一、二号、一〇〇条一項にいう秘密とは、非公知の事実であつて、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいい、その判定は司法判断に服するものである」

○秘密漏示教唆は直ちに違法とはならないが、手段・方法によっては違法となる。

「報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からためたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべき・・・しかしながら・・・取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論・・・取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びる」「取材対象者である蓮見の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪したものとわざるをえず、このような被告人の取材行為は、その手段・方法において法秩序全体の精神に照らし社会観念上、到底是認することのできない不相当なものであるから、正当な取材活動の範囲を逸脱しているものというべきである」

7. 反論権・アクセス権・掲載媒体の表現の自由を重視

【最判昭 62.4.24】サンケイ新聞意見広告事件

自民党がサンケイ新聞に載せた日本共産党の批判広告に対して、反論広告を無料で掲載するよう求めたもの
原告敗訴→原告控訴棄却→原告上告棄却

「新聞の記事に取り上げられた者が、その記事の掲載によつて名誉毀損の不法行為が成立するかどうかとは無関係に、自己の記事に取り上げられたというだけの理由によつて、新聞を発行・販売する者に対し、当該記事に対する自己の反論文を無修正で、しかも無料で掲載することを求めることができるものとするいわゆる反論権の制度は・・・名誉あるいはプライバシーの保護に資するものがあることも否定し難いところである。しかしながら、この制度が認められるときは、新聞を発行・販売する者にとっては、原記事が正しく、反論文は誤りであると確信している場合でも、あるいは反論文の内容がその編集方針によれば掲載すべきでないものであつても、その掲載を強制されることになり、また、そのために本来ならば他に利用できたはずの紙面を割かなければならなくなる等の負担を強いられるのであつて、これらの負担が、批判的記事、ことに公的事項に関する批判的記事の掲載をちゆうちよさせ、憲法の保障する表現の自由を間接的に侵す危険につながるおそれも多分に存するのである。このように、反論権の制度は、民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由に対し重大な影響を及ぼすものであつて・・・反論権の制度について具体的な成文法がないのに、反論権を認めるに等しい上告人主張のような反論文掲載請求権をたやすく認めることはできない」

【最判平 16.11.25】生活ほっとモーニング事件

離婚した夫がNHKの番組に出演し、自らの名前が明らかにしなかったものの、長男の素顔を放映した上、離婚について一方的な意見を述べたもの。名誉棄損・プライバシー侵害であるとしてNHKに対して慰謝料と謝罪放送・放送法4条(現9条)1項の訂正放送を求めたもの

一審：名誉棄損・違法なプライバシー侵害を認めず、請求棄却

→原告控訴：違法性を認め、慰謝料130万円(請求300万円)・訂正放送を認める

→被告上告：慰謝料は維持し訂正放送を取消す

放送法は「放送をした事項が真実でないことが放送事業者に判明したときに訂正放送等を行うことを義務付けているだけであって、訂正放送等に関する裁判所の関与を規定していないこと、同項所定の義務違反について罰則が定められていること等を併せ考えると、同項は、真実でない事項の放送がされた場合において、放送内容の真実性の保障及び他からの干渉を排除することによる表現の自由の確保の観点から、放送事業者に対し、自律的に訂正放送等を行うことを国民全体に対する公法上の義務として定めたものであって、被害者に対して訂正放送等を求める私法上の請求権を付与する趣旨の規定ではない」「全員一致」

8. 放送の自由

- ・ 構造規制（免許制、集中排除原則、欠格事由）と内容規制（政治的公平性・中立性の要求、番組調和、公安・善良な風俗維持）

←電波の希少性、社会的影響力の大きさ、放送の画一化（低俗化）の危険

⇔デジタル化・BS/CSによる多チャンネル化

【東京高判平 22.6.29】判例（NHK受信契約強制は合憲）

NHKが受信料の支払いを請求したもの

一審：原告勝訴→双方控訴破棄自判（訴訟の経過に応じて受信料の額を増額）→被告上告：上告不受理

「被控訴人の表現の自由を確保するための措置として、その組織のあり方や義務を法定するとともに、広告収入の途を閉ざして、自主的財源の確保として、放送受信契約に基づく放送受信料の支払義務を法定したものであって、契約者の側からすると契約者が放送受信契約について、国会で承認された放送受信料を支払うことが強制されるのみで、被控訴人が放送する番組の視聴を強制するものではないし、一般放送事業者の視聴を禁止するものでもないことから、控訴人らが種々主張する憲法違反の問題も生じない」「控訴人らが放送受信料の支払を免れようとする、必然的に民放のテレビ番組の視聴を妨げられ、民放のテレビ番組を視聴することにより情報を取得する自由を侵害される旨主張するが、法32条及び放送受信規約9条は、放送受信契約の締結及び被控訴人の放送を受信できる受信機を廃止しない間の放送受信料の支払を義務づけるだけであって、民放のテレビ番組を視聴することを制限するものではない」

9. インターネットへの規制：表現の自由と通信の秘密の両側面

【東京高判平 13.9.5】ニフティ事件

ニフティ・サーブの現代思想フォーラム（フェミニズムに関する公開討論）上で他の会員の書き込みによって名誉を棄損された原告（被控訴人）が、ニフティ・サーブとフォーラム管理人（シスオペ・控訴人B）、書き込んだ会員Y（控訴人A）に対して連帯して慰謝料1,000万円、nifty-serve上の謝罪広告を求めたもの。会員Yは200万円の反訴請求をした。

一審：ニフティ・シスオペに10万円、会員Yに50万円の支払い命令。反訴請求は棄却

→全員控訴：ニフティ・シスオペへの支払い命令を取消。会員Yはそのまま。→上告せず確定

シスオペの運営方法はできるだけ言論による会員相互の働きかけに期待するもので、不相当ではなく、結局は削除している。ニフティはシスオペが責任を負わない以上、責任を負わない。

第7款 名誉棄損・プライバシーの侵害との調整

1. 名誉とプライバシー

- ・ 名誉：公的・嘘はだめ・刑罰あり：外部的名誉（通説）の価値を下げる
- ・ プラ：私的・本当でもだめ・刑罰なし：私的情報のコントロール権

2. 名誉棄損罪…真実であっても処罰が原則 → 公共利害・公益目的で真実の証明があれば不可罰

→ 判例で真実と誤信したことに相当の理由があれば故意がないとし不可罰

←立証責任を行為者に負わせる必要があるのか？

【最大判昭 44.6.25 刑集 23-7-975】夕刊和歌山事件（無罪） [S41 あ 2472]

一審：罰金 3,000 円→被告控訴：棄却→被告上告：破棄差戻し

「刑法二三〇条ノ二の規定は、人格権としての個人の名譽の保護と、憲法二一条による正当な言論の保障との調和をはかつたもの」であり、「たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実であると誤信し、その誤信したことについて、確実な資料、根拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名譽毀損の罪は成立しない」弁護人は橋本敦（のち参議院議員）

- ・ 私人であっても社会的活動や社会的影響力によっては、公共利害と認められる場合がある

【最判昭 56.4.16】月刊ペン事件（公共利害・公益目的が認定） [27761143]

一審：懲役 10 月執行猶予 1 年→被告控訴棄却→上告：破棄差戻→差戻一審：罰金 20 万→差戻控訴審：棄却
弁護人佐瀬昌三（元自民党衆議院議員 3 期）

月刊ペン社の編集局長が、月刊誌『月刊ペン』で連続特集を組み、創価学会批判の記事の中で池田大作会長の女性関係につき、『とくに女性関係において、彼がきわめて華やかで、しかも、その雑多な関係が病的であり色情狂的』『れつきとした芸者のめかけ T 子が赤坂にいる。……お手付き情婦として、二人とも公明党議員として国会に送りこんだという T 子と M 子』などと書いたもの。この議員 2 名は多田時子、渡部通子と容易に推定でき、池田大作、多田時子、渡部通子及び創価学会の各名譽を毀損したとされたもの。

原審は、宗教指導者であっても「私生活上の不倫な男女関係の醜聞を内容とすること、その表現方法が不当な侮辱的、嘲笑的なものであること、不確実な噂、風聞をそのまま取入れた文体であること、他人の文章を適切な調査もしないでそのまま転写していることなどの諸点にかんがみ」公共の利害に関する事実でないとした。

→「私人の私生活上の行状であつても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによつては、その社会的活動に対する批判ないし評価の一資料として、刑法二三〇条ノ二第一項にいう「公共ノ利害ニ関スル事実」にあたる場合がある」「（その判断は）摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべき」「表現方法や事実調査の程度などは、同条にいわゆる公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがらであつて、摘示された事実が「公共ノ利害ニ関スル事実」にあたるか否かの判断を左右するものではない」とし、検討の上公共の利害に関する認定、公益・事実の認定のため差戻し。
→差戻し一審：公益目的も認定。風聞として書いているが、その場合風聞の有無の立証ではなく、元の男女関係の有無の立証が必要であるとし、真実の立証、誤信するに足る証拠の立証もないとして有罪。

- ・ 事前差し止めの要件…「事前差し止めはその内容が公共の利益に関する事項である場合、その表現内容が真実でないか又は専ら公益を図る目的のものでないことが明白であつて、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときに限り、例外的に許される。」

【最大判昭 61.6.11】北方ジャーナル事件（事前差し止めへの損賠請求）

【最判平 1.12.21 民集 43-12-2252】長崎教師批判ビラ事件（損賠請求・謝罪広告請求）

請求：10 万円×49 名+謝罪広告 → 一審：5 万円×49 名+謝罪広告 → 被告控訴棄却

→ 被告上告：破棄自判（2 万円×49 名；死亡した原告 3 名は相続人に継承）

原告は長崎県の公立学校教員で長崎県教組の組合員。被告は「長崎県教育正常化父母の会」を名乗ってビラ 5,000 枚を下校中の児童に配ったり、戸別配布したり、長崎市内の繁華街で配ったりした。通知表が絶対評価から相対評価となった対立から、一部小学校で通知表が夏休み前に配布されなかった。これを聞いた被告が、原告の住所・電話番号も記載した批判ビラを配布したもの。原告の自宅にハガキが送られたり、深夜の電話があったり、街宣車が回されたりした。

→ 批判部分については「人身攻撃に及ぶなど論評としての域を逸脱しているということもできない」として名譽棄損を否定し、住所等を記載したことにつき慰謝料を認める。

3. プライバシー侵害

・プライバシーの権利を認める

【東京地判昭 39.9.28】「宴のあと」事件（損害請求） [27421273]

請求：謝罪広告・100万円 → 一番：80万円（訴訟費用：原告 1/5、被告 4/5）

有田八郎（元衆議院議員、都知事選候補だが敗れて政界引退）を題材に、三島由紀夫が書いた小説『宴のあと』がプライバシー侵害とされたもの。当初は連載で、モデルの妻に取材したがその抗議を受けてモデルがない旨の断り書きを入れ、原告は単行本化しないよう出版社（中央公論社）に申し入れていた。三島由紀夫は話をしたいと言われたが断り、新潮社から単行本化。広告は堂々と「公知の現実」が芸術に、と書いていた。

「私事をみだりに公開されないという保障が、今日のマスコミュニケーションの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものであるとみられるに至っていることとを合わせ考えるならば、その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格権に包摂されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではない」

・発表済みの著作による映画で低劣不当な意図・内容がないとして差止め却下

【東京高決昭 45.4.13】「エロス+虐殺」事件（映画上映等仮処分申請） [27422153]

一番：請求却下→原告抗告棄却

債権者は婦人解放運動から元社会党衆議院議員。複雑な恋愛関係の破綻から大杉栄を刺したこともある（有罪で服役、概要は本人が著書として出版）。映画は大杉栄と複雑な恋愛関係を、債権者を除き実名で描いたもの。フランスで上映後、債権者の求めにより4時間を3時間にカットされていた。題材はすでに出版された債権者の著書を含む著書によるから公知のもので、「徒らに抗告人の公開を欲しない私事を暴露し、かつ、事実を歪曲誇張することによつて、大衆の単なる好奇心に媚びようといったような低劣不当な意図のもとに本件映画を監督製作したとは認められないばかりでなく、本件映画自体も右の如きものであるということもできない」「本件映画の公開上映によつて、当然に抗告人がその名誉、プライバシー等人格的利益を侵害されるとは、たやすく断じ得ないから、現在抗告人に、本件映画の公開上映を差止めなければならない程度にさしせまつた、しかも回復不可能な重大な損害が生じているものと認めることはできない」として差止めを却下

【最判平 6.2.8】ノンフィクション「逆転」事件（慰謝料請求） [27817761]

請求：300万円→一番：50万円（費用原告5：被告1）→被告控訴棄却→被告上告棄却

米統治下で原告の米軍兵への傷害致死事件裁判に陪審員として関わった被告が、その体験をノンフィクション『逆転』として12年余りに後に出版したもの。原告の実名を記載し、その旨明記した。

「前科等にかかわる事実については、これを公表されない利益が法的保護に値する場合があると同時に、その公表が許されるべき場合もあるのであって、ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否かは、その者のその後の生活状況のみならず、事件それ自体の歴史的又は社会的な意義、その当事者の重要性、その者の社会的活動及びその影響力について、その著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性をも併せて判断すべき」→原告は一市民で前科を公表されない法的保護に値する利益があり、一方実名を使ったことに正当とするまでの理由はないとして原審を維持。

【最判平 14.9.24】「石に泳ぐ魚」事件（発行差止請求等：被告上告棄却）

一番原告一部勝訴（公表差止め認容、慰謝料一部認容、謝罪広告・回収依頼広告・図書館への通知は棄却）→被告控訴棄却→被告上告棄却

公共の利益に関しない事項で、プライバシー侵害・名誉棄損による回復困難な重大な損害を被らせるおそれがあるとして、発行差止め。

【最判平 15.9.12】早大江沢民講演参加者名簿提出事件（損害請求） [28082416]

請求：110万円×3名+譴責処分無効確認+謝罪掲示→一番：棄却・譴責無効確認却下→被告控訴：破棄自判（全

部棄却) →被告上告：破棄差戻し(プライバシー侵害による損害請求部分) →差戻し控訴審：5,000円×3名
原告は早稲田大の学生(ただし、入学は平2,3,4年、事件は平10.11.28)で、江沢民講演で野次を飛ばしたり
横断幕を持ちこんだりしてを妨害したとして、建造物侵入・威力業務妨害で逮捕された。

「学籍番号、氏名、住所及び電話番号は、早稲田大学が個人識別等を行うための単純な情報であって、その限り
においては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。また、本件講演会に参加を申し込んだ学生で
あることも同断である。しかし、このような個人情報についても、本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこ
れを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、
本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となるというべきである」

(亀山・梶谷反対)「警察に開示したことは、あらかじめ上告人らの同意を得る手続を執らなかつた点で配慮を
欠く面があったとしても、社会通念上許容される限度を逸脱した違法な行為であるとまでいうことはでき」ない

【最判平17.11.10】和歌山毒入りカレー事件報道[28102344]

請求：法廷内写真による肖像権侵害1,100万円+謝罪広告、イラスト画による肖像権侵害・名誉棄損1,100万
円+謝罪広告 → 一審：220万円、440万円 → 被告控訴：220万円、220万円 → 被告上告：控訴審の440
→220万円を破棄差戻し

法廷内で原告の手錠・腰縄写真を隠し撮りし、掲載したもの。「イラスト画は、その描写に作者の主観や技術が
反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したものであることを前提とした受け
取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍
の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特
質が参酌されなければならない」「現在の我が国において、一般に、法廷内における被告人の動静を報道するた
めにその容ぼう等をイラスト画により描写し、これを新聞、雑誌等に掲載することは社会的に是認された行為で
あると解するのが相当であり、上記のような表現内容のイラスト画を公表する行為は、社会生活上受忍すべき限
度を超えて被上告人の人格的利益を侵害するものとはいえないというべきである。したがって、上記イラスト画
2点を本件第2記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表した行為については、不法行為法上違法である
と評価することはできない。しかしながら、本件イラスト画のうち上段のものは、前記のとおり、被上告人が手
錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたものであり、そのような表現内容のイラスト画を公表す
る行為は、被上告人を侮辱し、被上告人の名誉感情を侵害するものというべきであり、同イラスト画を、本件第
2記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表した行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、被上告人
の人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法と評価すべきである」

→原審は説明状況のイラスト画も違法としていたが、そちらは違法でない判断。

4. 差別的表現

- ・差別的表現も意見の一部 ⇔ 少数者の発言を抑制するから規制は表現の自由に資する

第8款 わいせつ的表現

1. 刑法175条「わいせつな文書…」の定義は？漠然不明確では？

【最大判昭32.3.13】チャタレイ事件(わいせつ文書販売)[27760577]

一審：出版者罰金25万円、翻訳者無罪→検察控訴：罰金出版者25万円、翻訳者10万円→被告人上告：棄却
イギリスのD.H.ロレンスの長編小説『チャタレー夫人の恋人』の翻訳者と出版者が、わいせつ文書販売罪に問
われたもの。婚姻外の性交の自由を肯定し、性的な内容が含まれていた。

最高裁判所の判決は「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道
義観念に反するものをいう」とする判例を維持し、「猥褻文書たるためには、羞恥心を害することと性欲の興奮、
刺戟を来すことと善良な性的道義観念に反することが要求される」とした。「以前に猥褻とされていたものが今
日ではもはや一般に猥褻と認められなくなつたといえるほど著るしい社会通念の変化は認められないのである。

かりに一步譲つて相当多数の国民層の倫理的感覚が麻痺しており、真に猥褻なものを猥褻と認めないとしても、裁判所は良識をそなえた健全な人間の観念である社会通念の規範に従つて、社会を道徳的頹廃から守らなければならない。けだし法と裁判とは社会的現実を必ずしも常に肯定するものではなく、病弊墮落に対して批判的態度を以て臨み、臨床医的役割を演じなければならぬのである」「本件訳書を検討するに、その中の検察官が指摘する一二箇所及ぶ性的場面の描写は、そこに春本類とちがった芸術的特色が認められないではないが、それにしても相当大胆、微細、かつ写実的である。それは性行為の非公然性の原則に反し、家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る程度に羞恥感情を害するものである。またその及ぼす個人的、社会的効果としては、性的欲望を興奮刺戟せしめまた善良な性的道義観念に反する程度のもものと認められる。要するに本訳書の性的場面の描写は、社会通念上認容された限界を超えているものと認められる。従つて原判決が本件訳書自体を刑法一七五條の猥褻文書と判定したことは正当」

(真野意見) わいせつ性の定義は時代によって変わるが、現時点でこれはわいせつ文書。翻訳者については一番が犯罪の事実なしとしたのに控訴審が事実の取調なしに有罪を認定したのは刑法違反ゆえ破棄差戻し、とする。

(小林意見) 翻訳者について刑法上の問題点を指摘し、職権で取り上げ、上告理由で触れられていないので異議がないものとし、上告棄却とすべき、とした。

※パターンリズムではないか？他人に害がない(犯罪等で害があるとの立証がない)、道徳は人権制約理由か？

【最大判昭 44.10.15】「悪徳の栄え」事件(わいせつ文書販売・所持) [27760887]

一審：わいせつ文書といえないから2名とも無罪→検察控訴：罰金 10、7 万円→被告上告：棄却

「悪徳の栄え(続)ージュリエットの遍歴」について

「もとより、文書がもつ芸術性・思想性が、文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させて、刑法が処罰の対象とする程度以下に猥褻性を解消させる場合があることは考えられるが、右のような程度に猥褻性が解消されないかぎり、芸術的・思想的価値のある文書であつても、猥褻の文書としての取扱いを免れることはできない。当裁判所は、文書の芸術性・思想性を強調して、芸術的・思想的価値のある文書は猥褻の文書として処罰対象とすることができないとか、名誉毀損罪に関する法理と同じく、文書のもつ猥褻性によつて侵害される法益と芸術的・思想的文書としてもつ公益性とを比較衡量して、猥褻罪の成否を決すべしとするような主張は、採用することができない」「芸術的・思想的価値のある文書についても、それが猥褻性をもつものである場合には、性生活に関する秩序および健全な風俗を維持するため、これを処罰の対象とすることが国民生活全体の利益に合致するものと認められるから、これを目して憲法二一條、二三條に違反するものということとはできない」

(下村補足) わいせつ性と芸術性・思想性の関係につき補足説明。

(岩田意見) わいせつ性による侵害法益と公表による公益を比較し前者が大きい場合を罰するべき

(横田反対、大隅反対) 芸術性とわいせつ性の比較衡量説

(奥野反対) 芸術的・思想的・文学的に価値があり公共の利益に合致するなら、比較衡量すべき

(田中反対) わいせつ性は相対的に判断されなければならない、表現の自由がある以上抑制的であるべし。

(色川反対) 社会的価値につき比較衡量すべき。また多数説の基準でも、グロすぎてわいせつではない。

【最判昭 55.11.28】『四畳半襖の下張』事件[27761136]

一審：罰金 15、10 万円→控訴棄却→上告棄却

月刊雑誌「面白半分」(半年ごとに編集長を交代。当時は野坂昭如)に掲載された小説『四畳半襖の下張』が性交を描き、猥褻とされたもの。弁護士伊達秋雄(砂川事件一審裁判長)、中村巖(公明党衆議院議員)。

「文書のわいせつ性の判断にあつては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、その時代の健全な社会通念に照らして、それが「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の

正常な性的羞恥心を書し、善良な性的道義観念に反するもの」といえるか否かを決すべきである」

【最判昭 58.3.8】ビニール本事件（わいせつ文書販売）ハード・コア・ポルノ論[27761179]

一審：罰金 20 万円→双方控訴：罰金 400 万円→被告上告棄却

わいせつ図画を販売したが、性器を黒で塗りつぶしていた（そうすればわいせつでないと思われていた）もの。

「本件各写真誌は、絡み合う男女の裸体写真を、その性器及び周辺部分を黒く塗りつぶして修正のうえ印刷・掲載したものであつて、いわゆるハード・コア・ポルノということではできないが、修正の範囲が狭かつ不十分で現実の性交等の状況を詳細、露骨かつ具体的に伝える写真を随所に多数含み、しかも、物語性や芸術性・思想性など性的刺激を緩和させる要素は全く見当らず、全体として、もつぱら見る者の好色的興味にうつたえるものであると認められるから」わいせつ物である。

（伊藤補足）わいせつ文書の判定基準について展開。

・ハード・コア・ポルノ：「性器または性交を具体的に露骨かつ詳細な方法で描写叙述し、その文書図画を全体としてみたときにその支配的効果もつぱら受け手の好色的興味に感覚的官能的に訴えるものであつて、その時代の社会通念によつていやらしいと評価されるもの」→検閲はできないが表現の自由の保護の外。

・準ハード・コア・ポルノ：「性器または性交の直接の具体的描写ではないが、その描写から容易に性器や性交を連想させ、その支配的効果もつぱら又は主として好色的興味をそそるものであつて、社会通念に照らして、ハード・コア・ポルノに準ずるいやらしさをもつ文書図画」→害悪の程度と作品の社会的価値の比較衡量

【最判平 20.2.19】第二次メイプルソープ写真集事件（税関通知）

写真集の構成・芸術性を検討し、「風俗を害すべき書籍、図画」ではないとした → 相対的わいせつ概念？

2. 学説は、わいせつ表現も保護すべきだが、時・場所・態様規制にすべきであるとする。

第9款 営利的表現

1. 消費者の知る権利として構成すれば 21 条で保護されるべき

【最大判昭 36.2.15 刑集 15-2-347】按摩鍼灸師法事件[S29 あ 2861]

一審：罰金 2,000 円→控訴不明→上告棄却

灸師が法定事項以外を広告（神経痛等を灸の適応症であると書いたもの）したもの。

「論旨は、本件広告はきゆうの適応症を一般に知らしめようとしたものに過ぎないのであつて、何ら公共の福祉に反するところはないから、同条がこのような広告まで禁止する趣旨であるとするれば、同条は憲法一条ないし一三条、一九条、二一条に違反し無効であると主張する。しかし本法が・・・制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのもの、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。されば同条は憲法二一条に違反」しない

（垂水補足）あくまで経済活動の自由の問題であり、制約はやむを得ない。

（河村大助補足）広告の自由に対して誇大虚偽に流れるおそれがあるからやむを得ない。

（斎藤反対）立法趣旨から考えて、実際に誇大虚偽な広告でなければ不可罰。

（藤田反対）灸の一般的適応症を書いただけだから法の禁ずるところでなく、犯罪事実を構成しない。

（奥野反対、河村又助同調）広告も表現の自由に含まれ、規定は正当な広告の自由を奪うもの。「多数意見は「その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来する」というのであるが、若し然りとすれば、むしろ当初からきゆう等の施術の業務を禁止すべきであつて、既に医業類似行為として病気治療上効果のあることを認めて、その業務を免許しておきながら、その施術を受ける適時適切な医療を受ける機会を失わせるとの理由で、正当な広告までも禁止することは、それ自体矛盾である」

第10款 内容中立的規制

1. 審査の程度

- ・ 通説) 中間審査で足る: 規制の害が少ない、美観・静寂・交通安全の保護は必要
- ・ 反対説) 厳格審査を要す: 言論規制に違いがない、LRA 基準が必要

【最大判昭 43.12.18】大阪市屋外広告物条例事件[27670489]

一審不明→被告人控訴棄却→上告棄却

橋柱、電柱、電信柱に右翼ピラを貼ったもの。

「橋柱、電柱、電信柱にピラをはりつけた本件各所為のごときは、都市の美観風致を害するものとして規制の対象とされている」「国民の文化的生活の向上を目途とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であるから、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要且つ合理的な制限と解する」

【最大判昭 45.6.17】判例（ピラ貼り、軽犯罪法違反）[27681679]

一審: 拘留 10 日→控訴棄却→上告棄却

稲沢市の新日軽と稲沢中のある県道の電信柱・電柱に無断で原水禁世界大会のピラを貼ったもの。

「主として他人の家屋その他の工作物に関する財産権、管理権を保護するために、みだりにこれらの物にはり札をする行為を規制の対象としているものと解すべきところ、たとい思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは、もとより許されないところであるといわなければならない。したがつて、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であつて、右法条を憲法二一条一項に違反するものということとはでき」ない

【最判昭 59.12.18】判例（ピラ配布、鉄道営業法違反・建造物侵入）[27490428]

一審: 科料 3,000 円+罰金 10,000 円→控訴棄却→上告棄却

狭山事件に抗議する集会の参加を呼び掛けるため、京王吉祥寺駅構内でピラ配布・アジをし、助役から退去を求められたが退去しなかったもの。

「たとい思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは許されないといわなければならないから、原判示井の頭線吉祥寺駅構内において、他の数名と共に、同駅係員の許諾を受けずに乗降客らに対しピラ多数枚を配布して演説等を繰り返したうえ、同駅の管理者からの退去要求を無視して約二〇分間にわたり同駅構内に滞留した被告人四名の本件各所為につき、鉄道営業法三五条及び刑法一三〇条後段の各規定を適用してこれを処罰しても憲法二一条一項に違反するものでない」

(伊藤補足) 駅前広場ならパブリックフォーラムたる性質をもち違憲となる可能性があると指摘

【最判平 20.4.11】立川反戦ピラ事件（住居侵入）[28145272]

一審無罪→検察控訴: 有罪→被告人上告棄却

ピラ配布禁止とある防衛庁職員宿舍の各室玄関に反戦ピラをポスティングしたことが住居侵入に問われたもの。門扉の中は囲いよう地として邸宅侵入罪の客体たりうる。

「本件では、表現そのものを処罰することの憲法適合性が問われているのではなく、表現の手段すなわちピラの配布のために「人の看守する邸宅」に管理権者の承諾なく立ち入ったことを処罰することの憲法適合性が問われているところ、本件で被告人らが立ち入った場所は・・・一般に人が自由に出入りすることのできる場所ではない。たとえ表現の自由の行使のためとはいっても、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権を侵害するのみならず、そこで私生活を営む者の私生活の平穩を侵害するもの・・・本件被告人らの行為をもって刑法 130 条前段の罪に問うことは、憲法 21 条 1 項に違反するものではない」

【最判平 21.11.30】葛飾政党ピラ事件[25441485]

一審無罪→検察控訴: 罰金 5 万円→上告棄却

マンションの各戸のポストに配布中したもの。各戸への配布は厳禁であった。上の判例とほぼ同旨。

【最判昭 62.3.3】判例（立て看板）[27803947]

一審有罪→控訴棄却→上告棄却

「国民の文化的生活の向上を目的とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であり、右の程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限と解することができるから、大分県屋外広告物条例で広告物の表示を禁止されている街路樹二本の各支柱に、日本共産党の演説会開催の告知宣伝を内容とするいわゆるプラカード式ポスター各一枚を針金でくくりつけた被告人の本件所為につき・・・これを処罰しても憲法二一条一項に違反するものでない」

【最判昭 35.3.3】判例（街頭演説、道路交通取締法等違反）[27681046]

一審無罪→検察控訴：罰金 500 円→上告棄却

日本共産党北見地区委員会が北見市の路上で、事前に宣伝をした上で演説を行い、人寄せをしたもの。

「道路において演説その他の方法により人寄せをすることは、場合によつては道路交通の妨害となり、延いて、道路交通上の危険の発生、その他公共の安全を害するおそれがないでもないから、演説などの方法により人寄せをすることを警察署長の許可にかからしめ、無許可で演説などの為め人寄せをしたものを処罰することは公共の福祉の為め必要であり・・・原判決は憲法二一条に抵触するものとは認められない」

- ・ 象徴的表現…一定の行為によって表現しようとするもの。

【那覇高支判平 7.10.26 判時 1555-140】国旗焼却事件[H5 う 16]

一審：懲役 1 年執行猶予 3 年→控訴棄却

沖縄国体のソフトボール競技会の開始式において掲揚された日の丸旗を被告人が引き降ろしてライターで火をつけて半分ほどを消失させたもの。実行委員長は読谷村長山内徳信。右翼の激しい街宣でやむなく照屋寛徳弁護士に依頼して被害届を出した。

アメリカのジョンソン事件（自分の持ってきた国旗を燃やし、国旗冒瀆罪に問われたもの）と異なつて、器物損壊等があったとして、「本件行為は、象徴的表現行為の法理によつても不処罰とされるための要件を満たしていないのである」とした。

- ・ 「捕われの聴衆」…閉ざされた場所での広告放送への限定的制限はただちに違憲とはいえない

【最判昭 63.12.20】判例（地下鉄の車内放送）[27806085]

請求：地下鉄車内での商業宣伝差止め、損賠→一審棄却→控訴棄却→上告棄却

大阪市営地下鉄での商業宣伝放送が聴取する義務のない商業宣伝放送の聴取を一方的に強制するもので人格権を侵害するとし、差止請求と慰謝料を請求したもの。合法で違憲主張は失当。

（伊藤補足）「私は、個人が他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができ・・・現代社会においてそれを法的な利益とみることを妨げない」経済的自由との比較衡量をすべきだが、「とらわれの聞き手」（という）状況はプライバシーの利益との調整を考える場合に考慮される一つの要素となる・・・本件の放送が一般の公共の場所においてプライバシーの侵害に当たらないとしても、それが本件のような「とらわれの聞き手」に対しては異なる評価をうけることもありうるのである。」本件では受忍すべき範囲内である、とした。

第11款 知る権利

1. 21条の保障：情報収集→編集→伝達→受領の全プロセス
 - ・国民の受領する権利⇔国・地方自治体に知る権利はない ※受領拒否の自由：「捕われの聴衆」有力説）1条（国民主権）、15条（参政権）、25条（社会権）も根拠
 - ・自由権（情報収集／受領を妨害されない）
 - ・請求権（政府情報公開請求権）
 - ・参政権（市民の政治参加を可能にする）
2. 政府情報公開請求権：法律・条例で公開範囲を設定するが、それが合憲な制限か
 - 1982年：山形県金山町・神奈川県で条例
 - 1999年：情報公開法 ← 知る権利を明言せず、開示への行政裁量
 - 2001年：独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律
 - 2003年：行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律
 - ・非公開処分の是非：公開されるべきでない相手方氏名があることの主張立証があれば非公開
 - 【最判平 6.1.27】大阪府知事交際費公開請求訴訟[27817235]
 - 非公開処分取り消し請求→一審：全部認容→被告控訴棄却→被告上告破棄差戻し
→差戻控訴審：一部認容（39/72 公開）→差戻上告審：一部認容（31/72 公開）
 - 大阪府知事の交際費の情報公開請求に対し、①関係者等との信頼関係を損ない、②相手方の個人情報であり、③相手方営業者の営業上・取引上の秘密であるとして非公開としたもの。
 - ③は認定できないとしつつ、①②にあてはまるものがあり、個別的検討がされていないとして破棄差戻し。
 - 【最判平 6.2.8】大阪府水道部接待費公開請求訴訟[]
 - 文書非公開決定取消請求→一審：全部認容→控訴棄却→上告棄却
 - 大阪府水道部の会議接待費・交際費の情報公開請求に対し、①営業車の営業上・取引上の秘密、②関係団体との信頼関係を損ない継続する事務事業の公正適切な執行に著しい支障を及ぼす、として非公開としたもの。
 - ①を否定し、②による非公開は地権者等との内密の協議で、記録内容又はその他の関連情報と照合して相手方が判明する場合に限り、今回はその主張・立証がない以上非公開は違法とした。
 - ・意思形成過程の内部文書非公開は合憲（LRA 基準で公開すべきとした一審）
 - 【京都地判平 3.3.27】京都府鴨川ダム地図面公開訴訟一審[27810942]
 - 【最判平 6.3.25】同上告審[27826252]
 - 公文書非公開決定取消請求→一審：請求認容→被告控訴：請求棄却→原告上告棄却
 - 鴨川改修協議会に提出されたダムサイト候補選定位置図の非公開決定に対する取消請求訴訟。
 - 一審は、知る権利（情報公開請求権）は憲法 21 条、前文（民主主義制）から導かれるとし、法令等で情報公開請求権を保障することが要求されるとし、府条例の不開理由（意思形成過程の公文書の公開除外）は LRA 基準から合憲限定解釈によって合憲だが、情報公開の重要性と府民の意思形成過程への参加保障を比較衡量して決すべきとし、本件ではそれを満たさないとして非公開決定取消。控訴審で請求棄却。
 - 上告審は「公開することにより、当該又は同様の意思形成を公正かつ適切に行うことに著しい支障が生じるおそれのあるものが記録されている公文書の公開をしない」旨の規定は合憲として上告棄却
 - ・議会の委員会（内部機関）の傍聴許可制と不許可決定は合憲
 - 【大阪地判平 19.2.16】判例（委員会等の公開）[28130786]
 - 慰謝料 120 万円請求→一審棄却→控訴後不明

大阪市議会が委員会傍聴の許可制と市政記者クラブ所属記者のみ許可するという先例により、フリージャーナリストの傍聴申請を財政総務委員会の委員長が不許可としたため、憲法 21 条、14 条違反として慰謝料等を請求したもの。違憲の主張を認めず、請求棄却。別室で中継をしていたが、これは触れられず。

委員会は議会の内部機関にすぎない以上、委員長の判断で傍聴の可否を決するのは 21 条に照らして合憲とし、記者クラブ所属記者は事実を報道することについて一定の能力を備え、支持されているといえ、所属しない記者でもその能力を有する記者はいるとしても、他者の人権と衝突する際の合理的な基準として肯定できるとした。

・ 公営図書館・美術館による恣意的廃棄処分¹⁾の違法性

【最判平 17.7.14】船橋市西図書館事件²⁾]

一審：棄却→控訴：棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：慰謝料 3,000 円×8・費用負担（原告 999/1000）
新しい教科書をつくる会の会員の著書を、船橋市図書館資料除籍基準に該当しないのに図書館司書が除斥し廃棄したため、著作権者たる原告が慰謝料 300 万円×8 名を請求したもの。

「著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する（著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する）利益は、法的保護に値する人格的利益である」

【富山地判平 10.12.16】天皇コラージュ事件一審³⁾[平 6 ワ 242]

【名古屋高金沢支判平 12.2.16】天皇コラージュ事件控訴審⁴⁾[平 11 ネ 17]

一審：慰謝料認容（作者 3 万円、公開派市民 2 万円×10 人）→控訴：請求全部棄却→上告棄却
昭和天皇の肖像を含んだコラージュを作者（原告）から購入した富山県近代美術館に対して、県議の質問を契機に右翼が街宣を繰り返し、作品集を焼却し作品を売却したもの。

一審：「天皇も憲法第三章にいう国民に含まれ、したがって、憲法の保障する基本的人権の享有主体であり、天皇の地位の世襲制、天皇の象徴としての地位、天皇の職務からくる最小限の特別扱いのみが認められるものと解されるから、天皇にもプライバシーの権利や肖像権が保障されることとなる。ただし、天皇の象徴としての地位、天皇の職務からすると、天皇についてはプライバシーの権利や肖像権の保障は制約を受けることになる」本件では、「昭和天皇個人の私生活に関する情報を開示するものではないと認められること、さらに、右にみたように、天皇の象徴としての地位、天皇の職務からすると、天皇についてはプライバシーの権利や肖像権の保障は制約を受けることを総合考慮すると、本件作品が昭和天皇のプライバシーの権利や肖像権を侵害するとか、その疑いがあるとは認められない」

右翼の街宣等による「平穏で静寂な環境を提供・保持する要請を満たすことができなくなる可能性が多分にあり、また、特別観覧制度を利用して本件作品を損傷しようとする者が紛れ込む可能性が否定できない状況にあったというほかはない」として美術館の処分は違法でないとし、請求を棄却。

第4節 集会・結社・通信（21条）

第1款 集会結社の自由

1. 集会：一時的なもの ⇔ 結社：恒常的なもの

2. 公共施設管理権

- ・利用希望者競合時の調整は必要。しかし事前抑制になりうる許可制や管理権者の主観的価値判断を許容する規則は違憲。私人の妨害活動を追認する管理権限の行使も違憲（「敵対的聴衆」）

【最判平 7.3.7 民集 49-3-687】泉佐野市民会館事件[27826693]

国賠請求→一審棄却→控訴棄却→上告棄却

「関西新空港反対全国総決起集会」のための泉佐野市民会館の利用が不許可となったもの。中核派の集会で、5年前に同じ会館で行われた集会で混乱を起こしていたほか、前年には中之島中央公会堂の第四インターの集会に実力行使し、つい2カ月前の大阪府庁等の連続爆破事件にも中核派が犯行声明を出していた。また最大約1,000人に300人で申請があったが、新聞は2,000人と号していた。

「集会の用に供される公共施設の管理者は・・・適正にその管理権を行使すべきであって、これらの点からみて利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずその利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させることによって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られる・・・右の制限・・・は、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生危険性の程度等を較量して決せられるべきものである」「(条例の)「公の秩序をみだすおそれがある場合」・・・は・・・集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべき・・・単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解する」とし、中核派のこの間の経過からして不許可は妥当とした。

他団体の介入は「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法二一条の趣旨に反する」としつつ、中核派が自ら攻撃している以上、平穩に集会をしようとする者と「同一に論ずることはできない」、とした。

（園部補足）条例の規定は極めて限定的な解釈がないと合憲にならないことを強調。

【最判平 8.3.15 民集 50-3-549】上尾市福祉会館事件[28010411]

国賠請求→一審：一部認容→被告控訴：全部棄却→原告上告：破棄差戻し（損害額算定のため）

JR 総連が計画した総務部長（内ゲバで殺害）の合同葬につき、上尾市福祉会館の館長が条例

「会館の管理上支障があると認められるとき」にあたるとして使用を不許可としたもの。過去同種の合同葬で混乱はなく、自主警備や警察への要請も行えると主催者側は説明していた。

内ゲバ報道があっても、実際に混乱が生ずる恐れがあるとは考え難く、「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条等に反対する者らが、これを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことができるのは、前示のような公の施設の利用関係の性質に照らせば、警察の警備等によってもなお混乱を防止することができないなど特別な事情がある場合に限られるものというべき」で今回はそれにあたらないとし、結婚式の迷惑、という理由は同じ日に結婚式がない限り理由にならないとして、不許可事由にあたらず、処分は違法とした。損害額算定のため差戻し。

【最大判昭 28.12.23 民集 7-13-1561】皇居外苑使用不許可事件[S27 才 1150]

一審（1952.4.28）：不許可処分取り消し→被告控訴：請求全部棄却（訴えの利益を欠く）→上告棄却

1951.11.10 付、1952.5.1 メーデーへの皇居外苑使用不許可への取消請求。1952.4.28 に一審判決が出たが、

国は控訴し、訴えの利益を欠くとして原告敗訴。

公共福祉用財産の「その利用の許否は、その利用が公共福祉用財産の、公共の用に供せられる目的に副うものである限り、管理権者の単なる自由裁量に属するものではなく、管理権者は、当該公共福祉用財産の種類に応じ、また、その規模、施設を勘案し、その公共福祉用財産としての使命を十分達成せしめるよう適正にその管理権を行使すべきであり、若しその行使を誤り、国民の利用を妨げるにおいては、違法たるを免れない」が、皇居外苑はもっぱら散策・休息・観賞・観光用で、メーデーの参加人員の半分しか収容できない広さであるから、不許可処分は違法でなく、また違憲でない。

（栗山意見）「公共用物の使用許可の中には往々にして管理本来の作用と併せて警察許可の性質を帯びているものがある」が、それは法律で定める必要があり、その法律がない以上、不許可処分は違法。但し結論は妥当。

3. 公共施設管理権 + 漠然不明確ゆえ違憲

【最判平 19.9.18】広島市暴走族追放条例事件[28135434]

一番：懲役 4 月猶予 3 年→控訴棄却→上告棄却

「広島市西新天地公共広場」で暴走族の集会を行い、中止・退去命令を無視したものを。

文面違憲を主張（過度広汎）「本条例の全体から読み取ることができる趣旨、さらには本条例施行規則の規定等を総合すれば、本条例が規制の対象としている「暴走族」は、本条例 2 条 7 号の定義にもかかわらず、暴走行為を目的として結成された集団である本来的な意味における暴走族の外には、服装、旗、言動などにおいてこのような暴走族に類似し社会通念上これと同視することができる集団に限られるものと解され、したがって、市長において本条例による中止・退去命令を発し得る対象も、被告人に適用されている「集会」との関係では、本来的な意味における暴走族及び上記のようなその類似集団による集会が、本条例 1 6 条 1 項 1 号、1 7 条所定の場所及び態様で行われている場合に限定される」との合憲限定解釈によって憲法 21・31 条違反でないとした。

（堀籠補足）合憲限定解釈は合理的で文面違憲ではない。

（那須補足）委縮効果より暴走族被害の予防を重視すべきで文面の問題は市が改めてほしい。

（藤田反対）表現の自由規制で定義規定まで強引に合憲限定解釈をして法令の合憲性を救う必要があるのか。

（田原反対）限定解釈は一般人には理解困難で、保護法益と規制される自由の均衡を欠き、文面違憲。

4. 結社の自由

- ・ 保障の範囲：表現目的に限る⇔結社の目的を問わない（政治・経済・宗教・芸術活動も含む）
- ・ 内容：団体の結成・不結成、加入・不加入、継続・脱退の自由、団体の意思形成・活動の自由
- ・ 強制加入団体：団体の目的・活動（職業倫理向上・職務改善）が職業上の合理的範囲内の必要

【最判平 8.3.19】南九州税理士会事件で税政への補助金のための特別会費納入義務を否定

税理士会が強制加入であることを踏まえ、税理士政治連盟に交付するための特別会費の納入義務を否定した。

【最判平 14.4.25】群馬司法書士会の復興支援のための特別負担金の納入義務を肯定（反対 2）

阪神淡路大震災により被災した兵庫県司法書士会の復興のため、登記申請 1 件につき 5 0 円の特別負担金を会員に課したが、この納入義務が争われた事案 ⇒ 納入義務を肯定

- ・ 事実上の強制加入団体：地縁団体の強制募金

【大阪高判平 19.8.24】判例（地域自治会での会費増額決議無効確認）[28140596]

地域自治会が会費を増額した決議の無効確認等：一番棄却→原告控訴：請求全部認容

甲賀市の地縁団体法人が会費を年 6,000 円から 8,000 円に値上げし、値上げ分を地元学校や赤い羽根募金等への寄付に充てるとしたものの。もともと寄附に協力する会員は半数程度以下で、集金が大変なので強制徴収にしようとしたもの。「募金及び寄付金の集金にあたり、その支払を事実上強制するような場合には、思想、信条の自由の侵害の問題が生じ得る・・・上記事実上の強制的態様等からして、これが社会的に許容される限度を超えるときには、思想、信条の自由を侵害するものとして、民法九〇条の公序良俗違反としてその効力を否定される場

合があり得る」とし、値上げは「募金及び寄付金に対する任意の意思決定の機会を奪」い、脱退すると村八分状態で「会員の脱退の自由は事実上制限されて」おり、不納付により「脱退を余儀なくされるおそれがないとはいえない」から、「被控訴人の会員の思想、信条の自由を侵害するものであって、公序良俗に反し無効」とした。

・ 憲法秩序の暴力的破壊を目的とする団体の保護

破壊活動防止法：公安審査委のデモ集会制限・機関紙停止・役職員の活動停止・解散指定
無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律：公安審査委の観察・再発防止処分

【最判平 8.1.30 民集 50-1-199】オウム真理教解散命令事件[H8ク8]

東京都が宗教法人法に基づく解散命令を求めた裁判：一審解散命令→抗告棄却→特別抗告棄却

「宗教法人の解散命令の制度は・・・専ら宗教法人の世俗的側面を対象とし、かつ、専ら世俗的目的によるものであって、宗教団体や信者の精神的・宗教的側面に容れようとする意図によるものではなく、その制度の目的も合理的である」「抗告人が、法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められ、宗教団体の目的を著しく逸脱した行為をしたことが明らかである。抗告人の右のような行為に対処するには、抗告人を解散し、その法人格を失わせることが必要かつ適切であり、他方、解散命令によって宗教団体であるオウム真理教やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障を生ずることが避けられないとしても、その支障は、解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる。したがって、本件解散命令は、宗教団体であるオウム真理教やその信者らの精神的・宗教的側面に及ぼす影響を考慮しても、抗告人の行為に対処するのに必要でやむを得ない」「解散命令は・・・裁判所の司法審査によって発せられたものであるから、その手続の適正も担保されている。」

第2款 通信の秘密

1. 意思伝達の保護として 21 条：私事であり秘密性の保障⇔表現は公な場での自由流通の保障

- ・ 保護対象：通信の内容、通信の存在（通信者の氏名・住所・通信日時・回数等）
- ・ 禁止対象：公権力による積極的知得行為の禁止、通信業務従事者の漏えい行為の禁止

2. さまざまな制約

- ・ 刑事手続き上の制約、行政上の制約、監獄収容関係での制約、破産手続き上の制約

3. 通信傍受法（1999 年）：傍受の手続を明文化。事後通知、不服申し立ての制度化。

- ・ 要件：犯罪の重大性、嫌疑の十分な理由、共謀性、証拠収集における代替困難性

【最決平 11.12.16】旭川覚せい剤密売電話傍受事件[28045259]

覚せい剤取締法違反・詐欺・詐欺未遂：一審有罪→被告人控訴棄却→被告人上告棄却

通信傍受（電話の通話内容を通話当事者双方の同意を得ずに傍受すること）を認める検証許可状の発付・傍受が刑法違反（強制処分法定主義 197-1）、憲法 31・35 条違反、ひいては憲法 13・21 条違反との主張に対し、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではない・・・重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許される」として合憲判断。

（元原反対）無関係な電話も傍受する（切断はするが）から、検証令状の範囲を超える、事後合理的な期間内に対象者に通知し不服申し立ても認めるべきだが検証令状はそれらを欠く。したがって違法な証拠である。

第5節 信教の自由 (20,89条)

第1款 信教の自由

1. 信教の自由

- ・ 個人の信教の自由 (20条 1,2項)
- ・ 政教分離 (20条 1項後段、20条 3項、89条)

2. 宗教とは何か

- ・ 判例：「超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為」（津地鎮祭訴訟控訴審判決）
- ・ 学説：信教の自由での宗教はなるだけ広義の信仰、政教分離の宗教は一定の教義体系ある組織

第2款 個人の信教の自由

1. 狭義の宗教の自由

- ・ 信仰の自由：保持・不保持の自由、告白の自由、特定宗教を理由とした政府による不利益禁止
- ・ 宗教的行為の自由：個人又は集団での礼拝・祈祷、宗教的行事・儀式の実施・不実施、宗教的行為に参加する・参加を強制されない自由
- ・ 宗教的結社の自由：宗教の宣伝布教を目的とした結社、集団で宗教的行為をする自由。宗教結社の結成／不結成、加入／不加入、継続／脱退の自由、団体意思形成への公権力不干涉

2. 保障の限界

- ・ 著しく反社会的で保障の限界を逸脱するもの

【最大判昭 38.5.15】加持祈祷事件（傷害致死） [27681213]

一審：懲役 2 年猶予 3 年→控訴棄却→上告棄却

精神病の被害者に憑いている大きな狸を追い出すため、大量の線香を用いて加持祈祷を行い、嫌がる被害者を緊縛し、暴行も加え、線香の煙で被告人を含む参加者は外へ出たこともあったのに、被害者は護摩壇の傍らにひきすえたままにし、「前頸部における長さ九糎巾約四糎の不整形の熱傷をはじめ、全身多数箇所にも熱傷及び皮下出血を負わせ、これらの受傷による有害分解産物吸収によるいわゆる二次性シヨツク並びに身体激動による疲労困憊等に基く急性心臓麻痺」により死亡させたもの。

「一種の宗教行為としてなされたものであつたとしても、それが前記各判決の認定したような他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当たるものであり、これにより被害者を死に致したものである以上、被告人の右行為が著しく反社会的なものであることは否定し得ないところであつて、憲法二〇条一項の信教の自由の保障の限界を逸脱したものというほかはなく」有罪判決は合憲である。

- ・ 世俗的な規制・義務と宗教教義の衝突

【神戸簡判昭 50.2.20 判時 768-3】牧会活動事件（犯人蔵匿） [S45 ろ 705]

尼崎教会の牧師が尼崎高校叛軍斗争委員会として高校封鎖を図った高校生 2 名（一方の母が教会の信徒で母子で教会の教育会館に居住し、進学の見込みもなかった）を竜野教会の教育館にかくまい、反省したところで尼崎協会に戻し、登校後警察に出頭させたもの。ただし、警察の捜査に行方は知らないと答えていた。結局、過激派と決別した両生徒は退学となったものの、翌年復学し大学にも進学した（2名は建造物侵入、凶器準備集合、暴力行為等処罰に関する法律違反および窃盗に問われたが、不処分決定）。

牧会活動を正当行為として違法性を阻却し、無罪。牧会活動は礼拝の自由で保障され、牧会活動も公共の福祉に奉仕し、犯人蔵匿の罪により保護される法益も究極には公共の福祉であるが、国権が常に私権に優先するわけではなく、「具体的牧会活動が目的において相当な範囲にとどまったか否かは、それが専ら自己を頼って来た個人

の魂への配慮としてなされたものであるか否かによって決すべきものであり、その手段方法の相当性は、右憲法上の要請を踏まえた上で、その行為の性質上必要と認められる学問上慣習上の諸条件を遵守し、かつ相当の範囲を超えなかったか否か、それらのためには法益の均衡、行為の緊急性および補充性等の諸事情を比較検討することによって具体的総合的に判定すべきものである」として無罪。

・ 寺社の鑑賞者への条例による課税

【京都地判昭 59.3.30】京都市古都保存協力税条例事件[21080362]

請求：京都市古都保存協力税条例無効確認、(予備)施行禁止、(同予備)古都保存協力税新設禁止、文化保護特別税と同種の税新設行為の禁止、同旨の京都市長あて請求→一審：古都保存協力税関係3請求・市長あて請求却下、文化保護特別税関係請求棄却→二審：文化保護特別税関係請求も却下(訴えの利益を欠く)

文化保護特別税は7年半の時限立法で、「京都市内の社寺等の敷地内に所在する本堂、庭園等の有形文化財の観賞行為について、その観賞者に対して本税を課税」「文化財を観賞に供する者その他本税の徴収について便宜を有する者で被告市長が指定したものを特別徴収義務者とする」もので、仁和寺ほかが原告。原告らは「信教の自由を破壊する新税の創設には断固反対」として拝観ストを実施し、農相の仲裁で更新しないと約して課税を容認した。市が延長を図ったため、反対運動の末5年と限る旨の文書を出して継続した。堪忍袋の緒が切れて提訴。

「有償で行う文化財の観賞という客観的、外形的行為に着目し、そのような観賞者に対し、その者が文化財観賞の目的をもつか、信仰の目的をもつか、あるいは、これらを混在させているかといった観賞者の内心を問うことなく、一律に本税を課す・・・文化財の観賞という行為の宗教的側面自体を否定するわけではなく、対価を支払ってする有償の文化財の観賞という行為の客観的、外形的側面に・・・本税を課すこととしたまで」「特別徴収義務をはじめとする前述の種々の義務を負うことによつて、従前の拝観料等の対価の徴収方法と比べて煩瑣な事務処理を負担することは否定できないが、これら種々の義務の内容や、甲原告らが従前から拝観料等の対価を徴収してきたことに鑑みると、甲原告らが、右事務処理の負担のために、宗教施設を公開して布教をすることを断念せざるをえなくなるとか、あるいは、これに重大な支障を生じるとの事態は、到底考えられない」「自ら徴収している拝観料のことは、お布施と称して棚上げにしたうえで、本税による萎縮的效果を問題にして信教の自由の侵害を云々するのであるが、より高額な拝観料にこそ萎縮的效果があることに思いを致すべきである」

第3款 政教分離

1. 信教の自由の制度的保障⇔人権(少数説)

2. 政治と宗教のどの程度 of 分離を要するか

・ 最高裁：目的効果基準：目的が世俗的+宗教への援助助長・圧迫干渉がないこと(相対的分離説)

①多数意見：緩やかに適用(一般人を基準とする)

②少数意見：厳格に適用(宗教的少数者を基準とする)=多数説

⇔控訴審説：絶対的に宗教活動を禁止(絶対的分離説)=有力説

・ レモン・テスト(アメリカ判例法：1971)：以下の3点をすべて満たさなければ違憲

①国家の行為の目的が世俗的であること

②国家の行為の主たる効果がある宗教を援助・助長・抑圧しないこと

③国家の行為と宗教の間に「過度の関わりあい」を促進しないこと

・ 是認テスト(endorsement test、アメリカ判例法：1984)

「政府が特定の宗教を是認もしくは不承認のメッセージを伝えるような目的・効果をもつか」

・ 絶対的分離説に立って違憲としたもの

【名古屋高判昭 46.5.14】津地鎮祭事件控訴審[27200546]

一番：棄却・却下（市教委宛）→二番：一部認容（経費返還請求）→上告：二番認容部分棄却（全部棄却・却下）
津市主催の体育館起工式を神式で行い、神職謝金その他 7663 円を津市の会計から支出したものを。経費の市への返還と原告市議が参加させられたことによる慰謝料 50,000 円請求

「憲法でいう宗教とは「超自然的、超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、畏敬崇拜する心情と行為」をいい、個人的宗教たると、集団的宗教たると、はたまた発生的に自然的宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、すべてこれを包含するものと解する」

「津市が神職に依頼し、神社神道の式次第に従つてなした本件地鎮祭は、神社神道固有の宗教儀式というべきであつて、宗教的意義の稀薄な正月の門松、クリスマスツリー等とは同視できないから、被控訴人の主張する古来一般の社会的儀礼とか単なる習俗的行事又は宗教類似の行為とは、到底いいえない」

「戦前の国家神道の下における特殊な宗教事情に対する反省が、日本国憲法二〇条の政教分離主義の制定を自発的かつ積極的に支持する原因になつていていると考えるべきであり、わが国における政教分離原則の特質は、まさに戦前、戦中の国家神道による思想的支配を憲法によつて完全に払拭することにより、信教の自由を確立、保障した点にあるといつてよい。」

「政教分離の原則が目的とするところは、第一に信教の自由に対する保障を制度的に補強し確保するところにある。すなわち、信教の自由は、政教分離なる手段によつて具体的に保障される意味で、人権条項に併せ規定されているが、政教分離条項は、本来基本的人権そのものではなく、国の宗教に対する根本的な政治姿勢に関する原理である。換言すれば、信教の自由は、政教の分離なくして完全に確保することは不可能であり、政教分離は、まさに信教の自由をより具体的に実現せしめる現実的手段であつて、信教の自由に対する制度的保障の原理」
「第二に、政教分離の原則は、国家と宗教との結合により国家を破壊し、宗教を墮落せしめる危険を防止することを目的とする・・・特定宗教に対する国家の政治的、財政的援助は、該宗教に対する人々の尊敬を失わせ、その腐敗墮落を醸成する。すなわち、宗教は世俗的権力の介入を許すことができないほど、余りに個人的であり、神聖であり、かつ至純なものである」

「津市が挙行した神社神道式の本件地鎮祭は、政教分離の原則を侵し、憲法二〇条三項の規定に違反する宗教的活動として許されないもの・・・これに基づき被控訴人が市長としてなした公金の支出は、右金銭の名目、形式、金額の如何を問わず、憲法八九条の適用をまつまでもなく、基本となる権利義務関係が法律上許されない以上、違法な支出たるを免れない。また、被控訴人市長は、右公金の支出が事前に津市議会において適法に議決されていることの故をもつて免責されるものではない」

・ 緩やかな目的効果基準に立って合憲としたもの

【最大判昭 52.7.13】津地鎮祭事件上告審

「元来、わが国においては、キリスト教諸国や回教諸国等と異なり、各種の宗教が多層的、重層的に発達、併存してきているのであつて、このような宗教事情のもとで信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結びつきをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であつた。これらの諸点にかんがみると、憲法は、政教分離規定を設けるにあたり、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたもの、と解すべき」

「元来、政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であつて、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものである。ところが、宗教は、信仰という個人の内面的な事象としての側面を有するにとどまらず、同時に極めて多方面にわたる外部的な社会事象としての側面を伴うのが常であつて・・・現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近いものといわなければならない。更にまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえつて社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない」→「政教分離原則は、国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが、国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ、そのかかわ

り合いが右の諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであると解すべきである」

宗教的行為かどうかの判断は、「宗教的活動に該当するかどうかを検討するにあつては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則つたものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従つて、客観的に判断しなければならない」

憲法 20 条 3 項の禁止対象は「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべき」

「起工式を行うのは、工事の円滑な進行をはかるため工事関係者の要請に応じ建築着工に際しての慣習化した社会的儀礼を行うという極めて世俗的な目的によるものであると考えられる」「このことは、国家が主催して、私人と同様の立場で、本件のような儀式による起工式を行った場合においても、異なるものではない。「本件起工式は、宗教とかがかり合いをもつものであることを否定しえないが、その目的は建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願ひ、社会の一般的慣習に従つた儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、憲法二〇条三項により禁止される宗教的活動にはあたらない」

（藤林、吉田、団藤、服部、環反対）「多数意見のいう国家と宗教とのかかきり合いとはどのような趣旨であるのか必ずしも明確でないばかりでなく、そのかかきり合いが相当とされる限度を超えるものと認められる場合とはどのような場合であるのかもあいまいであつて、政教分離原則を多数意見のように解すると、国家と宗教との結びつきを容易に許し、ひいては信教の自由の保障そのものをゆるがすこととなりかねないという危惧をわれわれは抱かざるをえないのである」本件起工式は「宗教的意義を軽視し、しかもその効果を過小に評価しようとするものであつて」多数意見はその「宗教的意義を軽視し、しかもその効果を過小に評価しようとするもの」

（藤林追加反対）「工事の無事安全に関する配慮が必要なだけならば、現在の進歩した建築技術のもとで、十分な管理がなされる限り、科学的にはこれにつけ加えるべきものはない。しかるに、工事の無事安全等に関し人力以上のものを希求するから、そこに人為以外の何ものかにたよることになるのである。これを宗教的なものといわないで、何を宗教的というべきであろうか。」「宗教的少数者に対し、公的承認を受けた宗教に服従するよう間接的に強制する圧力を生じる・・・事柄から国家や地方公共団体は、手をひくべきものなのである。たとえ、少数者の潔癖感に基づく意見と見られるものがあつても、かれらの宗教や良心の自由に対する侵犯は多数決をもつてしても許されないのである。そこには、民主主義を維持する上に不可欠というべき最終的、最少限度守られなければならない精神的自由の人権が存在するからである」

・最高裁が違憲としたもの

【最大判平 9.4.2】愛媛玉串料訴訟[28020801]

請求：昭 57～61 年に愛媛県の支払った靖国神社・愛媛県護国神社に対する玉串料等の返還を愛媛県知事・東京事務所長・生活福祉部老人福祉課長に請求（損害賠償・住民訴訟）→一番：違法として県知事への請求認容、職員宛は棄却→双方控訴（原告側は職員宛棄却を不服）：棄却→上告：一番判決に同じ

控訴審は公訴提起時に愛媛県から転出した住民 2 名は原告適格を否定し却下し、その他について、玉串料等の支出は神道上の宗教的意義があるが、慰霊の祭礼の際に行われた少額のもので、一般人にとって社会的儀礼であつて、宗教的な目的もなく、靖国神社等は戦前の国家機関たる地位を失っている以上国家神道を援助助長するとは考え難いとして請求棄却。

効果の検証「起工式の場合とは異なり、時代の推移によって既にその宗教的意義が希薄化し、慣習化した社会的儀礼にすぎないものになっているとまでは到底いうことができず、一般人が本件の玉串料等の奉納を社会的儀礼の一つにすぎないと評価しているとは考え難い・・・県が他の宗教団体の挙行する同種の儀式に対して同様の支

出をしたという事実がうかがわれないのであって、県が特定の宗教団体との間のみ意識的に特別のかかわり合いを持ったことを否定することができない・・・地方公共団体が特定の宗教団体に対してのみ本件のような形で特別のかかわり合いを持つことは、一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こすものといわざるを得ない」

目的の検証「戦没者の慰霊及び遺族の感謝という世俗的な目的で行われた社会的儀礼にすぎないものであるから、憲法に違反しないと主張する・・・玉串料等の奉納に儀礼的な意味合いがあることも否定できない・・・憲法制定の経緯に照らせば、たとえ相当数の者がそれを望んでいるとしても、そのことのゆえに、地方公共団体と特定の宗教とのかかわり合いが、相当とされる限度を超えないものとして憲法上許されることになるとはいえない」

結論「その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきであり、これによってもたらされる県と靖国神社等とのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものであって、憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動に当たると解する」

(大野補足) あくまで特定宗教団体の祭祀に対してなされているかだ違憲だと強調。

(福田補足) 政教分離の重要性と、宗教に神道が含まれることを強調、

(園部意見) 多数意見は 20 条・89 条・3 条等違反だが、89 条違反だけで違法とすべき (目的効果基準適用不要)。信教の問題につき公機関の判断はできるだけ謙抑であるべきだから。

(高橋意見) 完全な政教分離を理想と棚上げする目的効果基準に批判。原則は政教分離で、他の理由から例外的に関わりが許容されるべき (宗教的學校への助成や刑務所の教誨活動、文化財である神社仏閣への助成等は平等原則で許容される)。また、基準のあいまいさも指摘。分離が不可能・不適當な理由がない限り違憲とすべき。

(尾崎意見) 多数意見は緩やかにすぎ「何が許されないか」の議論になっている。宗教と関わる活動は、①宗教性のない代替行為がない、②実施による法的価値・利益と信教の自由に及ぼす影響の比較衡量→「特に許容するに値する高度な法的利益が明白に認められ」れば許容、とし、何が「例外的に許されるのか」を議論すべき。

(三好反対) 「戦没者を追悼し、慰霊することは、遺族や戦友に限らず、国民一般としての当然の行為」

(可部反対) どこが宗教的行為だ。

- ・最高裁が土地の無償貸与を違憲としつつ、収去明渡しは否定したもの

【最大判平 22.1.20】空知太訴訟[25441646]

砂川市が市有地を無償で神社施設の敷地として、町内会に使用させていたもの。会館が付設されていた。なお、土地はもともと地域住民が砂川町に寄附したもの (肯定資産税を免れるため)

請求：使用貸借契約を解除し、宗教的建物の収去と土地の明渡しを請求することを怠る事実の違法確認→一審：認容→被告控訴棄却→被告上告：破棄差戻し

「本件利用提供行為は憲法 89 条に違反し、ひいては憲法 20 条 1 項後段にも違反する」「憲法 89 条・・・の趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり」「憲法 89 条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするもの」ただし、歴史的経過もあるから、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法 89 条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべき」→神社は神社神道のための施設で、氏子集団は日常的な利用料を払っておらず、宗教的活動を容易にしているから、「一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ない」から、「世俗的、公共的な目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するとい

う目的によるものではなかったことが認められる」けれども、違憲の判断は左右されない。

ただし、解消方法は明渡に限られないから、その審理のため破棄差戻し。

(藤田補足) 厳格な目的効果基準を支持。本件のような些少なことで政教分離に反したらダメ。

(田原補足) 厳格な目的効果基準を支持。そもそも負担付で寄附を受け入れたのが違法で無効。

(近藤補足) 弊害を生じる危険性が低くても政教分離に反するとすべき。撤去は氏子の信教の自由を侵害する。

(甲斐中・中川・古田・竹内意見) 宗教施設が怪しく、違憲かどうかの審理不尽だから差戻すべき。

(今井反対) 他の解消方法の検討は不要で、上告棄却とすべき。

(堀籠反対) 日本の神道は特別で、違憲判断は日本人一般の感覚に反するから、請求棄却すべき。

【最判平 24.2.16】空知太訴訟再上告審[25444243]

差戻し控訴：請求棄却→差戻し上告：棄却

差戻し控訴審で神社部分の有償貸与等の対策を示したため、請求棄却。対策は議会の承認が不要で、氏子総代長も了解していることから、「違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべき」で合憲。

・宗教的人格権を認めず

【最大判昭 63.6.1】自衛官合祀訴訟[27801761]

請求：国宛慰謝料、県隊友会宛慰謝料・合祀申請取消→一審：国・隊友会宛慰謝料認容→双方控訴：国宛慰謝料認容、県隊友会宛却下（全国の隊友会の一部であって当事者適格なし）→国上告：破棄自判（請求棄却）

殉職自衛官（特に宗教を信仰せず）の妻（キリスト教）が護国神社に合祀された夫の合祀取消を求めたもの。夫は岩手で勤務したが、山口出身だったため、原告の妻が合祀しないよう求めたにも関わらず山口県隊友会の申請で県護国神社に合祀されたが、県隊友会の事務を自衛官たる地連の公務員が行っていたため、政教分離に反するとともに、宗教的人格権を侵害されたと主張した。

地連の行為は協力にとどまり、合祀申請は「県隊友会単独の行為」とし、地連職員の行為は「宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、目的も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあったと推認され・・・どちらかといえばその宗教的意識も希薄であった・・・国又はその機関として特定の宗教への関心を呼び起こし、あるいはこれを援助、助長、促進し、又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるような効果をもつものと一般人から評価される行為とは認め難い。したがって、地連職員の行為が宗教とかかわり合いをもつものであることは否定できないが、これをもって宗教的活動とまではいうことはできない」ので合憲。

宗教的人格権は県護国神社との問題であるが、「合祀は、まさしく信教の自由により保障されているところとして同神社が自由になし得るところであり、それ自体は何人の法的利益をも侵害するものではない」として否定。

(長島補足) 私人間の信教の自由の対立は寛容が求められる。ただし職員はもっと慎重であるべきだった。

(高島、四ツ谷、奥野補足) 公務員は宗教的中立性に疑惑を招かないようにすべきとして一部言動を戒める。

(島谷、佐藤意見) 県隊友会単独行為といえず、地連の行為は違憲だが私人の権利を侵害しないので棄却。

(坂上意見) 宗教的人格権を肯定(他人がどう祈ってもいいのは歴史上の人物だけで、近親者がいる場合はダメ)

しつつ、夫の父は合祀賛成だったこと、県隊友会の単独行為であることから請求棄却。

(伊藤反対) 県隊友会の単独行為でなく、目的効果基準でみても違法であり、上告を棄却すべき。

【大阪高判平 22.12.21】靖国合祀は嫌ですよ大阪訴訟[25470377]

請求：靖国神社・国宛慰謝料、靖国神社宛近親者の分祀→一審：全部棄却→控訴棄却→上告棄却（理由なし）

靖国神社に近親者が合祀されているのが「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」を侵害するとした損害請求と分祀命令を請求したもの。国は戦没者名簿を提供したことが問題とされた。

合祀対象者は外部に公表していないから、名誉棄損にあらず、死者の個人情報伝えるのはプライバシー侵害ではない。「遺族が戦没者を敬愛追慕するというのは・・・十分尊重に値するといえる」が原告のいう人格権は「靖国神社の教義や宗教活動に対し、内心で抱く個人的な不快感や嫌悪感を言葉を換えて言い表したものにすぎず、未だ、法的な保護に値する権利、利益とまでいうことはできない」

合祀への国の協力行為を認め宗教行為を援助助長したと認めつつ、「合祀は被控訴人靖国神社の自立的な宗教行為」であり、原告に対する法的侵害はないとした。

- ・ 最高裁が合憲としたもの

- 【最判平 5.2.16】 箕面忠魂碑訴訟[27814472]

- 一審：一部認容（忠魂碑設置土地無償貸与違法確認、市長宛移転費用返還命令）・一部認容（忠魂碑前での慰霊祭＝宗教行為に参加した教育長にその分の給与返還命令）→控訴：原告請求全部棄却→上告棄却

- 箕面市が小学校の校舎改築中の仮運動場のため借りた土地に、別の小学校の拡張のため撤去することとなった忠魂碑を移転させ（土地は戦前から無償貸与）、土地を無償貸与したもの。またその慰霊祭（仏式・神式を交代で実施）への市の協力が違法であるとしたもの。

- 忠魂碑は「戦没者記念碑的な性格のもの」で、神道との関係は「少なくとも戦後においては希薄」、目的は専ら世俗的（小学校拡張）で宗教的効果も認められず、合憲。遺族会も宗教団体ではなく、慰霊祭への参列も合憲。

- （園部補足）忠魂碑は宗教的感情の対象となりうるが、それについて判断する必要はない。

- 【最判平 4.11.16】 大阪地蔵像事件[25000030]

- 請求：大阪市旭区の2つの町会に対して、地蔵の除去と土地の明渡しの請求を怠ることの違法確認

- 一審棄却→控訴棄却→上告棄却

- 地蔵の建立・移設のため市有地の無償使用を承認したのが違憲とした確認請求。

- 目的が世俗的（市営住宅建て替えのため）、地蔵像は「習俗化し」「宗教性は希薄」、各町会は「宗教的活動を目的とする団体ではなく、その本件各地蔵像の維持運営に関する行為も、宗教的色彩の希薄な伝統的習俗的行事にとどまっている」から合憲とした。

- 【最判平 14.7.11】 鹿児島県大嘗祭違憲訴訟[28071916]

- 一審：請求棄却→控訴棄却→上告棄却

- 鹿児島県知事が平 2.11.22 に皇居で挙行された大嘗宮の儀の悠紀殿供饌の儀に出席し、その旅費を公費で支出したため、違憲として返還を請求したもの。

- 大嘗祭の目的・場所・様式から「参列し拝礼した行為は、宗教とかかわり合いを持つもの」であるが、「皇位継承の際に通常行われてきた皇室の重要な伝統儀式」であり、一部に参列・拝礼したにとどまり、それは社会的儀礼であるから、目的（「社会的儀礼」）・効果（「特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるようなものではない」）から合憲。

- 【最判平 22.7.22】 白山ひめ神社事件[25442436]

- 一審：請求棄却→控訴：一部認容（運転手の時間外賃金の相当分 2,000 円）→上告：破棄（全部棄却）

- 白山市長が、市職員を同行して、白山ひめ神社御鎮座二千百年式年大祭奉賛会発会式に出席して祝辞を述べたのが違憲として、その費用を市長に返還請求する義務付けを求めたもの。控訴審は違憲判断。

- 神社は観光資源の側面があり、大祭も観光上重要な行事で、奉賛会も観光振興的な意義も相応にあり、発会式は一般施設で、宗教的儀式を伴わず実施され、祝辞の内容も「一般の儀礼的な祝辞の範囲を超えて宗教的な意味合いを有」しないから、「宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかったというべきである」よって合憲。

- ・ 靖国訴訟：高裁レベルで違憲だが敗訴、最高裁は判断回避

- 【仙台高判平 3.1.10】 靖国訴訟岩手二審[27807941]

- 県議会議長・議員に対して、靖国公式参拝を求める意見書を可決し陳情した際の費用の一部（陳情が 16 件あったので 1/16）、県知事・福祉部長・厚生援護課長に対して靖国神社に対する玉串料のそれぞれ返還請求。

- 一審：県議長・県議・県知事・福祉部長宛却下、更生援護課長宛棄却

- 原告控訴（被告側一部付帯控訴）：県議長・県議・福祉部長宛却下、県知事・更生援護課長宛棄却→上告

靖国神社への公式参拝は違憲であるが、議決そのものは「直ちに違法とはいえない」ので、議長も「議決が一見明らかに違法とはいえない」から責任を問わない。

玉串料は違憲、専決処分をした課長は昭和天皇崩御に伴う大赦で債務免除されているから棄却、県知事は部長の注進で知ってすぐに中止したから帰責できず棄却、また課長への監督義務も同じ理由で棄却

【大阪高判平 4.7.30 判時 1434-38】靖国訴訟大阪二審[27811812]

一審：請求棄却→控訴棄却（確定）

親族が靖国神社に合祀されている者が中曽根総理の公式参拝に対して、慰謝料 100 万円を請求したものを。

「ほかに立証のない本件においては、右の事実のみから、直ちに、被控訴人中曽根の行った本件公式参拝が、憲法二〇条三項、八九条に違反するとまでは断定し難いが、右のような本件公式参拝の行われた場所、本件公式参拝が一般人に与える効果、影響、その他右（二）の諸事実を総合し、社会通念に従って考えると、昭和六〇年当時におけるわが国の一般社会の状況の下においては、被控訴人中曽根の行った本件公式参拝は、憲法二〇条三項所定の宗教的活動に該当する疑いが強く、公費から三万円を支出して行った本件公式参拝は、憲法二〇条三項、八九条に違反する疑いがあるというべきである」が、政教分離は制度的保障で具体的権利は侵害されていない、参拝により人格感情を害したことや宗教的人格権・宗教的プライバシー権は損賠の対象にならない、として棄却。

【福岡高判平 4.2.28】靖国訴訟福岡二審[27811101]

国への慰謝料 10 万円請求→一審：請求棄却→控訴棄却→確定

公式参拝が靖国神社への助長にならないと考え難いが、本件では「控訴人らに対し靖国信仰を押しつけたともいいたいので、控訴人らの「信教の自由」に対し間接的（心理的）強制を加えて、その自由を侵害、制限したものと認めることができない」とし、宗教的人格権などの法的保護を否定して請求棄却。

【最判平 18.6.23】小泉首相靖国訴訟[28111345]

小泉純一郎・国・靖国神社連帯し慰謝料 1 万円、参拝違憲確認、公式参拝差止め、靖国神社宛公式参拝受け入れ拒否請求→一審：確認請求・差止め請求却下、その他棄却→控訴棄却→上告棄却

人が神社に参拝したことに不快の念をもって「被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできない」のは内閣総理大臣が参拝しても同じ（違憲判断はしない）

（滝井補足）「例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得るものであると考える。したがって、何人も公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある故人の霊を追悼することを妨げたり、その意に反して別の宗旨で故人を追悼することを拒否することができるのであって、それが行われたとすれば、強制を伴うものでなくても法的保護を求め得るものとする」「このような宗教的感情は平均人の感受性によって認容を迫られるものではな」いが、原告は本件ではそのような利益を主張していない。

第4款 信教の自由の諸問題

1. 政教分離原則と信教の自由の衝突

- ・ 行為の合理性、代替処分の可能性、不利益の程度などが考慮される。

←政教分離は制度的保障であるが、信教の自由は厳格審査を要する点を考慮。

【東京地判昭 61.3.20】日曜学校事件[27803442]

小学校長宛指導要録の 6/13 欠席の記載取消請求、区・都へ慰謝料 10 万円→取消請求却下、区・都棄却（確定）
牧師・副牧師の子各 1 名（原告）が通う小学校が運動会・日曜参観で日曜日に授業を行うため、1 年目は教会学校を 1 時間早める等して対応したが、翌年 6/13 午前の日曜参観は遅刻して出席しても間に合わないため、実施しないか、出席をとらないことを求めたが、対応せずに実施され、欠席とされたもの。

欠席記載による不利益は立証がなく認められず、事実行為にとどまる（行政処分でない）として却下、「宗教行為に参加する児童について公教育の授業日に出席することを免除する（欠席として扱うことをしない。）という

ことでは、宗教、宗派ごとに右の重複・競合の日数が異なることから、結果的に、宗教上の理由によつて個々の児童の授業日数に差異を生じることを容認することになつて、公教育の宗教的中立性を保つ上で好ましいことではないし、公教育での本人の学習機会・集団学習の効果も損なう。「公教育の担当機関が、児童の出席の要否を決めるために、各宗教活動の教義上の重要性を判断して、これに価値の順序づけを与え、公教育に対する優先の度合を測るといふようなことは公教育に要請される宗教的中立性（同法九条二項）に抵触することにもなりかねない」。代替性は、午後は「平常どおり午前中に授業参観を行うことは強い合理性がある」からダメ、祝日はその意義に沿うものでないと妥当か怪しいし、学校生活が安定する6月に祝日はないからダメ。よつて棄却。

【最判平 8.3.8 民集 50-3-469】神戸市高専事件[H7 行ツ 74]

請求：原級留置処分取消→一審：原告4名に対し棄却（同日、翌年度の原級留置・退学取消請求も棄却）→1名だけ控訴：平2年度の原級留置、平3年度の原級留置、退学処分を取消し→上告棄却

信教上の理由により体育における剣道実技の履修を拒絶した原告らについて、体育の単位を認定せず、第二学年への進級を拒否する旨の処分をしたもの。被告（高専校長）は却下を求めた。一審係争中に2年目の体育不認定となり、退学処分となっていたので、それも取消も請求した。なお、準備運動までは参加し、実技は見学していた。剣道の配点は高かったが、それでも処分の翌年度は実技を拒否した15名中10名が単位を取得した。

①校長の処分は、裁量権濫越・濫用の場合のみ違法と判断される。②高専体育での剣道実技は、「他の体育種目の履修などの代替的方法によつてこれを行うことも性質上可能といふべき」、③「剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」、④「信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれ・・・その不利益が極めて大きい」、⑤各処分はそれ自体直接信仰の自由を制約しないが、間接に制約する→信仰の制約目的ではないが、「各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであった」し、それは実際上不可能であったともいえない。他実技の履修・レポート提出等は特定の宗教を援助助長促進・圧迫干渉するとはいえないから政教分離に反しない。また、公立学校が信仰調査をしてはならないが、本人が申し出る場合に必要な範囲で調査するのはよい。

「考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なもの」

2. 宗教団体の内部問題への司法権

- ・消極説：宗教的教義・価値判断に国は介入できず、必要な場合は却下（判例、主に憲法学者）
- ・中間説：宗教教団の自律的決定を前提に、本案判決をすべき（日蓮正宗管長事件大野反対）
- ・積極説：事実を審査して終局的な事件解決を図るべき（主に民訴学者）

【最判昭 56.4.7】板まんだら事件（創価学会寄附金返還請求事件）[27000141]

寄附金返還請求→一審：請求却下→原告控訴：錯誤原因審査のため破棄差戻し→被告上告：破棄自判（一審同旨）

「戒壇の本尊を安置するための正本堂建立の建設費用に充てると称して本件寄附金を募金したのであるが、上告人が正本堂に安置した本尊のいわゆる「板まんだら」は、日蓮正宗において「日蓮が弘安二年一〇月一二日に建立した本尊」と定められた本尊ではないことが本件寄附の後に判明した、（2）上告人は、募金時には、正本堂完成時が広宣流布の時にあたり正本堂は事の戒壇になると称していたが、正本堂が完成すると、正本堂はまだ三大秘法抄、一期弘法抄の戒壇の完結ではなく広宣流布はまだ達成されていないと声明した」ので寄附は錯誤無効と訴えたもの。「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は・・・本件訴訟の帰するを左右する必要不可欠のものとして認められ・・・訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となつており認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであつて、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬものといわなければならない」

（寺田意見）錯誤の判断ができない以上、返還請求は根拠がないので棄却すべきだが、一審に被告が控訴してい

ないので、民訴法上却下のままにするしかないので結論は同じ。

【最判平 1.9.8 民集 43-8-889】 蓮華寺事件[S61 才 943]

宗教法人→前代表役員：建物明渡請求、前代表役員→宗教法人：代表役員・責任役員地位確認請求

→一審：建物明渡請求認容、他却下→前住職控訴：全部却下→双方上告棄却

日蓮正宗蓮華寺の住職（＝代表役員）が創価学会と日蓮正宗の関係をめぐって（住職は主戦派）争った末、法主の継承についてまで異説を唱え、処分されたために蓮華寺の住職を外されたもの。

控訴審は日蓮正宗の処分自体、宗教上の争いであるとして全部を却下。

「審理判断する前提として、その者の宗教団体上の地位の・・・選任、剥奪に関する手続上の準則で宗教上の教義、信仰に関する事項に何らかかわりを有しないものに従ってその選任、剥奪がなされたかどうかのみを審理判断すれば足りるときには、裁判所は右の地位の存否の審理判断をすることができるが、右の手続上の準則に従って選任、剥奪がなされたかどうかにとどまらず、宗教上の教義、信仰に関する事項をも審理判断しなければならないときには、裁判所は、かかる事項について一切の審判権を有しない以上、右の地位の存否の審理判断をすることができない」したがって、具体的な権利義務・法律関係の訴訟も「教義、信仰の内容に立ち入ることなくしてその効力の有無を判断することができず、しかも、その判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠のものである場合」は「法律上の争訟」に当たらない」として控訴審の判断を維持。

【最判平 5.9.7 民集 47-7-4667】 日蓮正宗管長事件[S61 才 531]

日蓮正宗の代表役員・管長（法主）たる特定人へのその地位の不存在確認→一審却下→控訴棄却→上告棄却

日蓮正宗の教師が法主の継承手続きが不正として訴えたもの。

「特定の者の宗教活動上の地位の存否を審理、判断するにつき、当該宗教団体の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することが必要不可欠である場合には、裁判所は、その者が宗教活動上の地位にあるか否かを審理、判断することができず、その結果、宗教法人の代表役員の地位の存否についても審理、判断することができない」ことになり、訴えは却下すべき。

（大野反対）選定の間接事実（披露や責任役員の承認等の社会的事実）から判断可能で判断すべき（破棄差戻し）

第6節 学問の自由（23条）

第1款 学問の自由

1. 戦前の学問弾圧の反省に立った内心・表現・結社の自由の特別法的存在
2. 制度的保障としての大学の自治：学問研究・教授・研究発表の自由+大学の自治
 - ・ 人事の自治、施設管理の自治、学生管理の自治、予算運営の自治、研究教育の内容・方法の自治
 - ・ 学生の立場の判例：営造物利用者論
3. 公安活動と学生の人権享有主体性

【最大判昭 38.5.22】東大ポポロ事件（暴力行為等処罰法違反）[27660965]

一審無罪→検察控訴棄却→検察上告：破棄差戻し→差戻し一審：懲役6・4月猶予2年→控訴棄却→上告棄却
（差戻し上告の岸反対：一審が事実を認定しなかった一部の暴行を差戻し一審が認定したのは、検察の上告理由に事実誤認が含まれない以上、すでに無罪となったのを有罪としたから憲法39条違反）

憲法20条の趣旨+学校教育法から「大学において教授その他の研究者がその専門の研究の結果を教授する自由は、これを保障される」がその内容は「直接には教授その他の研究者の研究、その結果の発表、研究結果の教授の自由とこれらを保障するための自治とを意味すると解される。大学の施設と学生は、これらの自由と自治の効果として、施設が大学当局によつて自治的に管理され、学生も学問の自由と施設の利用を認められる」「学生の集会が真に学問的な研究またはその結果の発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動に当る行為をする場合には、大学の有する特別の学問の自由と自治は享有しないといわなければならない。また、その集会が学生のみのものでなく、とくに一般の公衆の入場を許す場合には、むしろ公開の集会と見なされるべきであり、すくなくともこれに準じる」「本件集会は、真に学問的な研究と発表のためのものでなく、実社会の政治的社会的活動であり、かつ公開の集会またはこれに準じるものであつて、大学の学問の自由と自治は、これを享有しない」

（入江、奥野、山田、斎藤補足）警察官が警備情報収集のために「大学の教育の場、学問の場に立ち入ること」は違憲・違法だが、本件は集会であらなない。但し、大学の屋内集会ゆえ警備情報収集目的の警察官の入場は集会の自由を侵害するが、入場拒否・退去要求に応じない場合に初めて実行行使に出たのなら違法性阻却を検討すべきだが、自発的に帰ろうとした警察官に暴行したのだから違法性は阻却されない。

（垂水補足）演劇も学問のうちに入り、芸術を学ぶ学生の演劇は学問の自由のうちだが、他の学問を学ぶ学生の演劇は「深い学問又は高い芸術の専門的研究ではない」。本件暴力はかえって学問の自由に反するもの。

（石坂補足）警察官の入場自体合法で、かつ出ていく途中の暴行なので違法性が阻却されない。

（横田意見）集会の目的・内容が政治的であったかの大学の認識を精査するため差戻すべき（政治的でないとの理解であれば、警察の立ち入りはダメ）

4. 大学学長の人事

【東京地判昭 48.5.1】九大井上事件[27661679]

陳謝文の官報掲載・慰謝料請求→一審：請求棄却（確定）

坂田道太文部大臣が昭44に九大の学長事務取扱に推された原告を、前任事務取扱の人事異動上申書が提出されたのに原告を任命せず、2カ月後に前任事務取扱の申し出に基づき、別の医学部教授を学長に任命したものの。学長に準じ、学長事務取扱を大学が選出したのに発令しないのは違憲・違法であり、通常は30日もあれば発令できるはずだが、事情を勘案し2カ月以内に発令しなかった不作為は、「合理的な期間を超えた違法なものとの法的評価を加えることは相当でない」として請求棄却。

※東大ポポロ事件でも「この自治は、とくに大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ、大学の学長、教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される」という一文があった。

第4章 経済的自由権

第1節 財産権・行使の自由（22・29条）

第1款 経済的自由権総論

1. 22条・29条はともに「公共の福祉」を明記→社会（福祉）国家的規制はやむを得ない
※自由国家的規制（他人の人権との調整）も必要
2. 私有財産制（29条）：経済的自由権の制度的保障
 - ・ 内在（警察、自由国家）的制約：デパートへのスプリンクラー設置義務付け
 - ・ 政策（外在、社会国家）的制約：バイパス建設による立ち退き要求
←経済的自由に独特（29条2,3項）
3. 審査基準の二分説＝自己の経済的利益を追求するわけだから、他者や公の利益と抵触しがち
 - ・ 内在的制約：中間審査（重要な目的／実質的関連性のある手段）
「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」（薬局距離制限判決）
 - ・ 政策的制約：合理性（明白性）の基準（何らかの合理的な目的／手段）
「当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合」（小売市場距離制限判決）
←両方の目的が併存する場合は？ 財政目的の規制の場合は？ 内在的制約の方がなぜ緩やか？
 - ・ 判例は二分説だが、それによらないで合理性・必要性を検討する場合もある
例）森林法違憲、公衆浴場距離（1989Ⅱ）、酒類販売免許制など
（通説）二分説：森林法判決は例外であるとする。
（有力説）一元説：二分説は無理がある ← 中間審査／合理性の基準の分かれ目は？

第2款 職業選択の自由（22条）

1. 職業選択の自由→自己の職業決定、営業、職業遂行の自由と広義に解する（通説・判例）
 - ・ 「狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべき」（薬局距離制限判決）
 - ・ （有力）29条とあわせて財産権行使の自由と解する
 - ・ 規制の態様：届出制、登録制、許可制、資格性、特許性（電気・ガス等）、国家独占、全面禁止
2. 全面禁止：売春など

【最判昭 36.7.14】判例（売春防止法は合憲）[27681123]

一審：懲役 10 月猶予 3 年+罰金 10 万円（管理売春・売春場所提供）→控訴棄却→上告棄却

「憲法二二条にいわゆる職業の選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由は制限される・・・売春を助長する行為を刑罰をもつて禁止することは、結局人の尊厳を保ち、性道徳を維持し、社会を健全ならしめるために必要なことであつて、公共の福祉に適うことは、言を俟たない」

3. 国家独占：あへん事業（生産量数キロ）、かつてのタバコ、郵便事業など

【最大判昭 39.7.15】判例（たばこ専売制は合憲）[27681274]

外国製たばこを売り渡して執行猶予付き懲役となった被告人が、たばこ専売法は憲法 14 条、22 条違反として上告したもの。

「一般社会観念上合理的な根拠のある場合に、これを理由として区別ある取扱がなされたからといって、憲法一四条に違反するものとは認められず、また憲法二二条にいわゆる職業選択の自由は、無制限に認められるもので

はなく、公共の福祉に反しない限りにおいて、その自由が認められる」「国がたばこ等につき専売制を施行する所以のものは、国の財政上の重要な収入を図ることを主たる目的とするものであるが、同時に、国民一般の日常生活において広く需要せられるたばこ等は、僻地の地たると都会地たるとを問わず、同一の品質のものはこれを同一の価格により販売し、公衆のすべてに均等に利用し得る機会を与え、安んじてこれを比較的簡便に購入し得ることとし、もつて一般国民の日常生活における必要に應ずることをも目的としているものであつて、結局専売制は、公共の福祉を維持するための制度にほかならない」たばこ専売法の規定は「合理的な根拠に基づき且つ公共の福祉の要請に適合する規定というべきであつて、憲法一四条、二二条に違反するものではない」

4. 資格制：医師、弁護士など

【最大判昭 35.1.27 刑集 14-1-33】HS 式高周波治療事件（医業類似行為禁止）[S29 あ 2990]

一審有罪→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：棄却→差戻し上告：棄却

H S 式無熱高周波療法が、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法にいう医業類似行為であるとされたもの。憲 22 条違反と被告人は訴えたのに対し、合憲としつつ、限定解釈により弁護士が「H S 式無熱高周波療法はいささかも人体に危害を与えず、また保健衛生上なんら悪影響がない」という以上、「人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局」された医業類似行為なのかを判断しなければならない、として破棄差戻し。

「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法一二条が何人も同法一条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同一四条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたと故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律一二条、一四条は憲法二二条に反するものではない」

（田中・下飯坂・石坂反対）医業類似行為の禁止に制限解釈をすべきでない。

【最判平 12.2.8】判例（司法書士法合憲）[28050494]

一審：罰金 25 万円→控訴棄却→上告棄却

司法書士法で登記代理等を業とすることを罰則をもって禁じたのは「登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書士協会以外の者が、他人の嘱託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであつて、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法二二条一項に違反するものでない」として行政書士の上告を棄却。

5. 許可制・特許性（電気・ガス等）・免許制

【最大判昭 38.12.4】白タク営業事件（免許制は合憲）[27486335]

池袋駅西口から運賃收受目的で板橋区まで運転し、道路運送法違反（白タク営業禁止）で罰金 1 万円となったもの。道路運送法は違憲であるとして上告。

「道路運送法は道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして同法が自動車運送事業の経営を各人の自由になしうるところとしないで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することにしてはいるのは、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、同法の目的とするところに副うものと認められる。ところで、自家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性の多いものであるから、これを放任するときは無免許営業に対する取締の実効を期し難く、免許制度は崩れ去るおそれがある。それ故に同法一〇一条一項が自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのもまた公共の福祉の確保のために必要な制限と解される。されば同条項は憲法二二条一項に違反するものでない」とい

【最判平 4.12.15 民集 46-9-2829】酒類販売業免許制違憲訴訟[22005581]

一審：処分取消（経営基盤薄弱と認められない）→被告控訴：請求棄却→上告：棄却

酒類販売業免許を申請したが拒否されたため、処分取り消しを請求したもの。

職業の自由への許可制は「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」が、「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」から、「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法二二条一項の規定に違反するものということとはできない」免許制の判断：「酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ国家の財政目的のために、このような制度を採用したことは、当初は、その必要性和合理性があった」「酒税の納税義務者とされた酒類製造者のために」に悪質な販売業者を排除するのも「酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るといふ重要な公共の利益のために採られた合理的な措置であった」。「酒税の賦課徴収に関する仕組みがいまだ合理性を失うに至っているとはいえない・・・酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるとまでは断定し難い」として合憲。

免許基準の判断：「免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合（は）酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる最も典型的な場合を規定したものの・・・酒類の販売免許制度を採用した前記のような立法目的からして合理的なものといふことができる。また、同号の規定が不明確で行政庁のし意的判断を許すようなものであるとも認め難い」として合憲。

6. 距離制限判決

【最大判昭 30.1.26 刑集 9-1-89】公衆浴場距離制限判決(1955・中間審査合憲)[S28 あ 4782]

一審：罰金 5,000 円→控訴棄却→上告棄却

県知事の許可なく公衆浴場を経営した罪を問われた者が、公衆浴場法の「公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠くと認められる」場合に県知事が経営を許可しないことができる定めは違憲として上告したもの。

偏在のほか、濫立により無用の競争を生じ浴場の衛生設備の低下等を起こすおそれがあるが、これは多分に公共性を伴う「公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであり、従つて、公衆浴場の設置場所が配置の適正を欠き、その偏在乃至濫立を来すに至るがごときことは、公共の福祉に反するものであつて、この理由により公衆浴場の経営の許可を与えないことができる旨の規定を設けることは、憲法二二条に違反するものとは認められない」

【最大判昭 50.4.30 民集 29-4-572】薬局距離制限判決（違憲）[S43 行ツ 120]

スーパーが薬売り場を設けようとしたが（医薬品の一般販売業）、薬事法の距離制限（昭 38 改正で導入）により不許可となった行政処分取消請求。一審認容→控訴審：請求棄却→上告：破棄自判（請求認容）

立法府の「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべき」

審査基準：一般に許可性は強力な制限なので「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し・・・社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」また、許可制の個々の許可条件も同様の審査に服する。

許可制そのものの検討：「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる」から合憲

距離制限の検討：「右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる」

「薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的・・・は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益といえることができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法二二条一項に違反するものとはいえない。問題は、果たして、右のような必要性と合理性の存在を認めることができるかどうか、である」

過当競争でも薬剤師が手を抜くのは異例と考えられ、不良医薬品の供給の主な原因は他にあつて、「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性と合理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在—競争激化—一部薬局等の経営の不安定—不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性と合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない」「全体としてその必要性と合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超える」として違憲、無効。

【最大判昭 47.11.22 刑集 26-9-586】小売市場距離制限判決(緩やかな審査で合憲)[S45 あ 23]

県知事の許可を得ず、建物を建て小売商業調整特別措置法所定の小売業者に貸し付けたため、法人とその代表者が罰金 15 万円となったため、小売市場の開設に知事の許可を要するのは違憲と訴えたもの。

「憲法二二条一項・・・で職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべき」だが公共の福祉により制限される。「社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題・・・個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解する」

「小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置といえることができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない」ので合憲。

【最判平 1.1.20】公衆浴場距離制限判決（1989 年 I ・緩やか審査合憲）[27806530]

大阪市長の許可なく公衆浴場を経営し、罰金夫 1 万円・妻 5 千円となった被告人が上告（棄却）。

公共的施設たる公衆浴場の維持・確保の必要は制定時と変わらず、「むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。そうすると、公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらない」から合憲

【最判平 1.3.7 判時 1308-111】公衆浴場距離制限判決（1989 II 混在・合憲）[S60 行ツ 197]

大阪市長が公衆浴場の営業不許可の行政処分取消請求の上告審（請求棄却。原告はI事件の妻）。距離 200m。
「適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとする事とも、その目的としている・・・適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられる」→合憲

7. その他営業に対する規制

【最判平 2.2.6】西陣ネクタイ事件（立法行為に対する国賠請求・棄却）[27808362]

一審：請求棄却→控訴棄却→上告棄却

西陣織工業組合の組合員で西陣で生糸から絹ネクタイを生産している織物業者が、自由な生糸取引を妨害され、国際価格の約 2 倍で買わないといけなくなったなどとして、22,25,29 条各 1 項違反として国賠請求したもの。
「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の適用上、違法の評価を受けるものでない」ところ、「積極的な社会経済政策の実施の一手段」だから合理性の基準であるから、繭糸価格安定法の「当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、以上の判例の趣旨に照らしてみれば、右各法条の立法行為が国家賠償法一条一項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる」

【静岡地下田支判平 21.10.29】西伊豆町指定ごみ袋訴訟[25463002]

指定ごみ袋の専売制が憲法 22 条の定める営業の自由にして違法である等として国賠請求したもの。

元々は条件を満たし町長の承認を得れば、誰でもごみ袋を卸せたが、指名競争入札で単一の業者にごみ袋を生産させ、町が一括購入・一括販売するようになった。

「本件条例及び本件規則に基づく本件運用及びそれに伴う一括購入・一括販売方式は、被告町内における一般廃棄物の収集、運搬、処分等の処理に関する被告の能率的な運営、被告町内の生活環境の保全及び公衆衛生の向上等をその目的とするものと解され、このような目的は公共の福祉に合致するものといえる」「ごみ処理手数料の確実な徴収に関しても、被告、指定ごみ袋製造業者、指定ごみ袋の販売小売店、利用者たる町民それぞれの利害得失、被告によって実現されるべき廃棄物の適正処理の具体的内容・・・費用等の諸事情を総合考慮して判断されるべき」であり、結局「立法政策上の問題として合理的裁量の範囲内にとどまる」から合憲。

【最判平 17.4.26】農業災害補償制度強制加入は合憲[28100823]

農業災害補償法に基づく滞納処分の無効確認請求。農業災害補償への当然加入を定めたのは憲法 22 条 1 項違反と水稲耕作を営む原告が主張。

「法が制定された昭和 22 年当時、食糧事情が著しくひっ迫していた一方で、農地改革に伴い多数の自作農が創設され、農業経営の安定が要請されていたところ（当然加入性の負担は共済掛金等、規模等に応じた負担であり、国庫負担もあるから）当然加入制は、米の安定供給と米作農家の経営の保護という重要な公共の利益に資するものであって、その必要性和合理性を有していたといえることができる」

差押え当時でも「米は依然として我が国の主食・・・時には冷害等により広範囲にわたって甚大な被害が生じ、国民への供給不足を来すことがあり得ることには変わりがない（食糧管理法が廃止されても）災害補償につき個々の生産者の自助にゆだねるべき状態に至っていたといえることはできないことを勘案すれば、米の生産者についての当然加入制はその必要性和合理性を失うに至っていたとまではいえない」ゆえに「当然加入制の採用は、公共の福祉に合致する目的のために必要かつ合理的な範囲にとどまる措置」で合憲。

第3款 財産権と規制（29条 1,2項）

1. もともと不可侵の権利（仏人権宣言）→社会的拘束に服する（ワイマール憲法）
2. 財産権の保障（29条 1項）：客観的法秩序たる私有財産制と個人の具体的財産上の権利の保障
←生産手段の私的所有を認めるのか、正当な補償の下で社会化できるのか

※後者の場合「人間が人間として価値ある生活を営む上で必要な物的手段の共有」と解する

- ・土地利用への条例による制限

【最大判昭 38.6.26】奈良県ため池条例事件[27670298]

一審：罰金 2.7~0.3 万円→控訴：全員無罪→上告：破棄差戻し

大字内農民総有たるため池の堤塘を耕作し、奈良県「ため池の保全に関する条例」違反に問われたもの。

「制限の内容たるや、立法者が科学的根拠に基づき、ため池の破損、決かいを招く原因となるものと判断した」耕作等であり、「その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤塘を使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである」、同じ理由から「憲法二九条三項の損失補償はこれを必要としない」。「ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤塘の使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にある」

また、「事柄によつては、特定または若干の地方公共団体の特殊な事情により、国において法律で一律に定めることが困難または不適当なことがあり、その地方公共団体ごとに、その条例で定めることが、容易且つ適切なことがある」。そして、本件はそれにあたる。

（入江補足）合憲だが、補償は必要になる場合もありうる（条例施行で植えた茶や竹を撤去させられた場合）

（垂水補足）抽象的にも危険のない行為（ずっと茶を植えてきたが決壊しそうになったことなどない）は不可罰

（奥野補足）権利濫用行為の禁止にすぎないから条例で定めても違憲ではない。

（河村反対）法律に基づかない条例による制限だから、違憲。

（山田反対）父祖以来の耕作地で補償が必要だし、条例では制限できない。よって違憲。

（横田反対）他の制限は別段、耕作禁止はもっと慎重な制度にしないとダメ。違憲。

- ・財産権に対する事後法による変更との訴えを退けた例

【最大判昭 53.7.12】判例（事後法による財産権の変更との訴え）[27000233]

国有財産買受申込拒否処分取消請求事件。自作農創設特別措置法により国が買収したが、売り渡されないまま稲沢土地地区画整理事業に編入され、農地での許容量を超えて減父され、さらに宅地も建って農地として使えなくなり、農地法によって売り払うべき（買収前の所有者が、買収の対価相当額で売り払いを求め得た）なのに拒否したのは違法と原告が主張。さらに、国有農地等の売払いに関する特別措置法で買収の対価相当額が「適正な価額」として時価の7割としたのを事後法による財産権の侵害で違憲と主張したもの。

基準：「法律でいつたん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り、これをもつて違憲の立法ということができない」「右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いつたん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによつて保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによつて、判断すべき」

検討：「買収農地が自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じたときは旧所有者に買収農地を回復する権利を与えることが立法政策上正当を得たものであるとして、その趣旨で農地法八〇条の買収農地売払制度が設けられたもの」ゆえ、対価の設定は「社会・経済全般の事情等を考慮して決定されるべき立法政策上の問題」であつて、地価が高騰したのに対価相当額で返還するのは不合理だが、旧所有者の権利を顧慮して7割

としたのであって、「社会経済秩序の保持及び国有財産の処分の適正という公益上の要請と旧所有者の前述の権利との調和を図つたものであり旧所有者の権利に対する合理的な制約として容認されるべき性質のものであつて、公共の福祉に適合するもの」。施行前後で不公平を生じるが、既に成立した権利ではないから「右の程度に権利が害されることは憲法上当然容認される」とした。

(岸上補足) 高辻意見は多数意見をよく理解していない。

(高辻意見、藤崎賛同) ただちに買い戻し権が発生するのではなく、農水大臣の決定にかからせるべき

(環意見) 買い戻し県は具体的な権利とまでいうことができない。

- ・ 区分所有法による少数反対者の区分所有権時価取得の合憲性

- 【最判平 21.4.23】判例 (区分所有法は合憲) [25440646]

- 区分所有法 70 条に基づき、団地内建物一括建替決議により、区分所有権を譲り受けた建て替え業者が、反対する住民に対して移転登記と明渡を請求したもの。被告は憲法 29 条違反を主張した。

- 「区分所有者の集会の決議等による他の区分所有者の意思を反映した行使の制限は、区分所有権自体に内在するものであって、これらは、区分所有権の性質というべき」「団地内全建物一括建替は、団地全体として計画的に良好かつ安全な住環境を確保し、その敷地全体の効率的かつ一体的な利用を図ろうとするものであるところ(議決要件は厳しいから) 同法 70 条 1 項の定めは、なお合理性を失うものではないというべきである」

- したがって、「規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すれば、区分所有法 70 条は、憲法 29 条に違反するものではない」

- ・ 森林法違憲判決

- 【最大判昭 62.4.22 民集 41-3-408】森林法事件 (二分論によらず違憲) [S59 才 805]

- 父から生前贈与された山林を 1/2 ずつ共有する兄弟が仲たがいに、共有物分割と無断売却された立木代金の半分を請求したもの。一審は代金の半分のみ認めたと→双方控訴：棄却→原告上告：破棄差戻し

- 「憲法二九条は・・・私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至つたため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる」審査基準：「財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によつて制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して決すべき・・・立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであつても規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができる」

- 目的の検証：「森林法一八六条は・・・結局、森林の細分化を防止することによつて森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資することにあると解すべきである」→目的は違憲といえない。

- 手段の検証：「森林が共有であることと森林の共同経営とは直接関連するものとはいえない(森林法 186 条の規定は目的と) 合理的関連性があるとはいえない」「共有者間、ことに持分の価額が相等しい二名の共有者間において・・・意見の対立、紛争が生ずるに至つたときは・・・保存行為をなしうるにとどまり・・・ひいては当該森林の荒廃という事態を招来する・・・森林法一八六条・・・結果は、右のような事態の永続化を招くだけであつて、当該森林の経営の安定化に資することにはならず、森林法一八六条の立法目的と同条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定したこととの間に合理的関連性のないことは、これを見ても明らかであるといふべきである」過半数の共有者からの分割はできるから、1/2 以下からの分割請求を認めても「当該共有森林が常により細分化されることになるとはいえない・・・分割を許さないとする森林の範囲及び期間の

いずれについても限定を設けていないため、同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なものとなつているといわざるをえない]よって同条は「立法目的を達成するについて必要な限度を超えた不必要な規制」結論「以上のとおり、森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法一八六条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであつて、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。したがつて、同条は、憲法二九条二項に違反し、無効というべきである」

第4款 収用と補償（29条3項）

1. 「公共のために用ひる」の意味

- ・ 公共事業だけでなく、広く社会公共の目的のために行われる事業を含む（農地改革）
- ・ 財産権をはく奪する収用のほか、財産権の制限も含む

【最判昭 29.1.22】判例（「公共のため」は広く公共の福祉のためで足る）[27003221]

農地改革での宅地買収計画取消請求事件。

「買収の目的は特定個人四名の耕作者の利益を図ることに存するから、公共性がなく憲法二九条三項に違反するといふのであるが、自創法による農地改革は、同法一条に、この法律の目的として掲げたところによつて明らかとなごとく、耕作者の地位を安定し、その労働の成果を公正に享受させるため自作農を急速且つ広汎に創設し、又、土地の農業上の利用を増進し、以て農業生産力の発展と農村における民主的傾向の促進を図るといふ公共の福祉の爲の必要に基いたものであるから、自創法により買収された農地、宅地、建物等が買収申請人である特定の者に売渡されるとしても、それは農地改革を目的とする公共の福祉の爲の必要に基いて制定された自創法の運用による当然の結果に外ならないのであるから」「本件買収の公共性を否定する論旨は」誤りである。

2. 補償が必要になる場合 = 個人の私有財産に「特別な犠牲」が課された場合

①形式・実質二要件説（判例）

→対象の特定性（形式的基準）・制限の程度（内在的制約として受忍すべき限度内か）

②実質要件説（近時有力）

a.財産権のはく奪・本来的効用の発揮不可能な侵害 → 受忍すべき理由がない限り要補償

b.aより軽い侵害 → 内在的制約なら補償不要、特定の公益のための偶発的制約なら要補償

- ・ 公共の福祉のための一般的な制限には補償は不要であるが、特定人に特別な犠牲を課した場合は、個別法規に規定がなくても、憲法 29 条 3 項を根拠に請求しうる。

【最大判昭 43.11.27】河川付近地制限令事件[27661377]

一審：掘削者 2 名罰金 3 万円、法人罰金 2 万円→控訴棄却→上告棄却

県知事の許可なく河川法適用河原たる名取川の河川付近地で砂利採取機・砂利採取船で砂利を採取した行為が河川付近地制限令違反とされたもの。従来から砂利を採取していた民有地が県知事の告示により河川附近地に指定されたが、構わずに砂利を採取していた。

「河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するため、単に所定の行為をしようとする場合には知事の許可を受けることが必要である旨を定めているにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである」から同令は損失補償の定めがなくとも合憲。

「宮城県告示第六四三号により、右地域が河川附近地に指定されたため・・・事業が営み得なくなるために相当の損失を被る筋合で・・・その財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別な犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法二九条三項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令（その他の規制は）損失補償をすべきものとしていることとの均衡からいつて、本件被告人の被つた現実の損失については、その補償を請求することができるものと解

する余地がある・・・同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではないから、単に一般的な場合について、当然に受忍すべきものとされる制限を定めた同令四条二号およびこの制限違反について罪則を定めた同令一〇条の各規定を直ちに違憲無効の規定と解すべきではない」→憲法を根拠とする補償請求の可能性を認める

- ・損失補償が不適法（根拠法を欠き、憲法によっても適法とできない）とされた例

【最判平 22.2.23】判例（市営屠畜場廃止補助金不適法）[25441781]

一審：請求認容→控訴：請求全部棄却→上告：破棄差戻し→差戻し控訴：請求全部棄却

屠畜場の基準厳格化に伴い、八代市が市営の食肉センター（屠畜場）を廃止する際、利用業者に 3 億 0690 万 8000 円と屠殺業務従事者ら（ともに市と委託や雇用関係はない）に 518 万 7000 円の支援金計 3 億 1209 万 5000 円を払ったのは違法な公金支出であるとして、市長に返還を請求した住民訴訟。

市は国有財産法（普通財産を貸付け、契約中に解除する場合の損失補償の定め）の類推適用を主張したが、「継続的契約関係はない」から類推適用はできず、「財産上の犠牲が一般的に当然受忍すべきものとされる制限の範囲を超え、特別の犠牲を課したものである場合には、憲法 29 条 3 項を根拠にしてその補償請求をする余地がないではないが・・・利用業者等は、市と継続的契約関係がなく、本件と畜場を事実上独占的に使用していたにとどまるのである・・・基本的には本件と畜場が公共の用に供されたことの反射的利益にとどまる・・・本件と畜場は、と畜場法施行令の改正等に伴い・・・やむなく廃止されたのであり、そのことによる不利益は住民が等しく受忍すべきものであるから、利用業者等が本件と畜場を利用し得なくなったという不利益は、憲法 29 条 3 項による損失補償を要する特別の犠牲には当たらない」

差戻し控訴審は、損失補償ではなく補助金として適法とし、補助金支出の程序的要件を満たさないとしても、被告に故意・過失はないから請求は棄却すべき、とした→上告・上告受理申し立て（結果不明・未了?）

3. 「正当な補償」の意味

- ・完全補償説：客観的な市場価格を全額補償すべき
- ・相当補償説：合理的に算出された相当額ならば市場価格を下回ってもよい

※生活権の保障：土地所有者の生活基盤を破壊する場合（ダムなど）。25 条にも求められる。

【最大判昭 28.12.23】農地改革事件（相当補償説）[27003244]

農地買収に対する不服申立上告事件（買収対価が正当な補償か）。賃貸価格の 40 倍（田）、48 倍（畑）に制限されていたため。

「正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当額をいうのであつて、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない」「けだし財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律で定められるのを本質とするから（憲法二九条二項）、公共の福祉を増進し又は維持するため必要ある場合は、財産権の使用収益又は処分の権利にある制限を受けることがあり、また財産権の価格についても特定の制限を受けることがあつて、その自由な取引による価格の成立を認められないこともある」とし、「地主採算価格によらず自作収益価格」によった対価制限は「客観的且つ平均的標準に立つ」もので、さらに「地主としての収益に基き合理的に算出された報償金をも交付されるのであるから・・・補償が不当であるという理由を認めることはできない」。制定後物価は上がったが、そもそも「憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するように法律によつて定められた農地所有権の内容」により「ほとんど市場価格を生ずる余地なきに至つたのである」から、「憲法二九条三項の正当な補償にあたる」とした。

（栗山補足）上限設定はあるが、そのほかに細かな規定もあるので正当な補償である。

（井上、岩松反対）公共事業のための条項で、農地改革に適用はない（特定人に売り渡すのは公共のためではない）。GHQ 指令下ではやむなしとするが、独立後は違憲である。

(真野反対) 具体的・個別的な等価値対価でなければならない。抽象的対価で補償とするのは違憲。

(斎藤反対) 私有財産の客観的な経済価値の補償を意味し、自由な取引価格があればそれによるべき。

【最判昭 48.10.18】土地収用法事件（土地収用法は完全補償） [27000472]

一審：請求一部認容（建築制限がない価格）→控訴：請求棄却→上告：破棄差戻し：差戻し控訴（一審と同じ）
土地が倉吉都市計画により街路用地に指定され、強制収用された原告が、建築制限された土地として評価した補償であったため、不服として土地収用補償金請求をしたもの。

「土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によつて当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、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であり、金銭をもつて補償する場合には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要する」「補償すべき相当な価格とは、被収用地が、右のような建築制限を受けていないとすれば、裁決時において有するであろうと認められる価格をいう」都市計画法は建築制限への補償を規定しないが、「損失に対し独立に補償することを要しないことを意味するに止まる」

【最判平 14.6.11】土地収用補償金請求事件（憲法 29 条 3 項は相対補償） [27000472]

土地を強制収用された原告が土地収用補償金を請求したもの。土地価格が上昇していたから、事業認定時ではなく収用裁決時の価格とすべきとして、前者を採用する土地収用法 71 条は違憲と主張した。

「憲法 29 条 3 項にいう「正当な補償」とは、その当時の経済状態において成立すると考えられる価格に基づき合理的に算出された相当な額をいうのであって、必ずしも常に上記の価格と完全に一致することを要するものではない」として相対補償説を維持。裁決時までの修正率を乗じているのを考慮し土地収用法の規定を合憲とした。

第2節 移動の自由（22条）

第1款 居住・移転の自由（22条1項）

1. 住所又は居所を定めそれを変更する自由、旅行など一時的な移動の自由
 - ・ 経済的自由に加え、精神的自由・人身の自由の側面もある
 - 職業選択の自由と同列に、緩やかな審査基準でよいとは考えない。
2. 居住・移転の自由の制限事例
 - ・ 夫婦の同居義務、親権者の子への居所指定券、破産者に対する居住制限、刑事被告人の住居制限
 - ・ 特定の病気の患者の強制入院・隔離

【熊本地判平 13.5.11】ハンセン病訴訟：合理的根拠消滅後の隔離は憲法 22,13 条違反

第2款 外国移住・海外渡航の自由（22条2項）

1. 外国への移住が公権力によって禁止されないこと。
2. 海外渡航の自由も保障される（多数説・判例）
 - ・ 22条1項説、13条説もある
3. 旅券法 13条1項7号による外務大臣の旅券発給拒否規定

【最大判昭 33.9.10】帆足計事件[27002632]

占領治下において、モスクー国際経済会議への出席のための旅券発給を外務大臣が拒否したことによる国賠請求。

「憲法二二条二項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服する」「旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法一三条一項五号が、「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない」→合憲

（田中・下飯坂補足）内国・外国の旅行の自由は一般的な自由または幸福追求の権利の一部分で 22 条ではない。

第3款 国籍離脱の自由（22条2項）

1. 国籍法は外国籍の取得が国籍離脱の要件とする。
 - ・ 通説）無国籍になる自由はない
 - ∴無国籍の防止・国籍唯一の原則が国籍立法の理想だから
2. 国籍を離脱しない自由を含むか？
 - 重国籍解消のための日本国籍喪失は合憲か？

第5章 社会権

第1節 生存権（25条）

第1款 生存権

1. 25条1項：すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する
 - ・ 25条2項：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
2. 生存権の法的性格
 - ・ プログラム規定説：政治的宣言にすぎず、裁判所の裁判の基準たりえない。
 - ※ワイマール憲法の社会権的規定のドイツでの通説をあてはめたもの。
 - ・ 抽象的権利説：法律が制定されてはじめて権利が具体化される。
 - ←法律が制定されない場合、プログラム規定説と変わらない
 - ・ 具体的権利説：具体的請求権の根拠にならないが、立法不作為の違憲確認訴訟を提起可能
 - ←訴訟法上違憲確認訴訟は困難ではないか？
 - ・ プログラム規定説とした初期の判例

【最大判昭 23.9.29】食糧管理法違反事件[27680015]

「憲法第二五条第二項・・・は、前述の社会生活の推移に伴う積極主義の政治である社会的施設の拡充増強に努力すべきことを国家の任務の一つとし宣言したものである。そして、同条第一項は、同様に積極主義の政治として、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべきことを国家の責務として宣言したものである・・・国家は、国民一般に対して概括的にかかる責務を負担しこれを国政上の任務としたのであるけれども、個々の国民に対して具体的、現実的にかかる義務を有するのではない。言い換えれば、この規定により直接に個々の国民は、国家に対して具体的、現実的にかかる権利を有するものではない」

（沢田意見）食糧管理法は憲法25条に適合している。

（井上意見）公の福祉のためやむを得ないから、法自体を違憲とは言えない

（栗山意見）食糧管理法は憲法29,31条に関係しても25条には関係ない。

（斎藤意見）本件は法の運用の問題であって、違憲かどうかの問題ではない。

- ・ プログラム規定説としつつ、裁量権濫用の場合の違憲の可能性を認める（→抽象的権利説）

【東京地判昭 35.10.19】朝日訴訟一審[27202112]

一審：不服申立て却下裁決取消認容→二審：請求棄却→上告中の原告の死亡により終了

原告が肺結核のため10数年前から国立岡山療養所に入所し、単身でかつ無収入のため医療扶助及び生活扶助を受けていたが、津山市社会福祉事務所長は原告が実兄敬一が仕送りを命じられた月額金1,500円のうち金600円は原告が従来生活扶助として支給を受けていた日用品費に充当させることにして生活扶助を廃止し、残額金900円によつて原告の医療費の一部を負担させ、それ以外の医療費について医療扶助を行う旨の保護変更決定をした。原告は保護変更決定を不服として岡山県知事に対し不服申立をしたが同知事これを却下する旨の決定をし、原告がこれを不服として厚生大臣に不服申立をしたが申立を却下する旨の裁決があったもの。

一審は「健康で文化的な生活水準」は・・・特定の国における特定の時点においては一応客観的に決定すべきものであり、またしうるものである」「最低限度の生活水準を判定するについて注意すべきことの一は、現実の国内における最低所得層・・・に位する人々が現実維持している生活水準をもつて直ちに生活保護法の保障する「健康で文化的な生活水準」に当ると解してはならないということである」「最低限度の水準は決して予算の有無によつて決定されるものではなく、むしろこれを指導支配すべきものである」「もし被告の設定した一般的基準そ

のものがその適用の対象である大多数の要保護者に対し生活保護法第八条第二項にいう最低限度の生活の需要を満たすに十分な程度、すなわち「健康で文化的な生活水準」を維持することができる程度の保護の保障に欠けるようなものであるならば右基準は同項、同法第二条、第三条等の規定に違反しひいて憲法第二十五条の理念をみたさないものであつて無効といわなければならない」

「最少限度の嗜好品費を補食費の一部として医療費一部負担金から控除することは原告の「健康で文化的な生活水準」を維持するために必要不可欠であつたと認められる」として措置を違法とした。

【東京高判昭 38.11.4】朝日訴訟二審[27202113]

「健康で文化的な生活水準」という概念は、抽象的な概念であつて、その具体的な内容は控訴人の積極的に確定するところにまつほかはないが「行政庁の判断が法の定める抽象的要件より逸脱し、もはや不当の問題をこえて、その法律上の要件が満たされたものと思考される余地を失つたときは、右判断に基く措置は違法とされなければならない」「生活保護行政が予算を伴うことはいうまでもないが、国の財政その他国政全般についての政策的考慮を経て定められた予算の配分に従つたというだけの理由で、該基準の設定が適法であるということにはならない」

マーケットバスケット方式の粗い試算により「入院入所患者の日用品費として月額六七〇円程度という数字が得られ、本件日用品費の基準月額六〇〇円はこれを約一割下回ることとなる」が「結局月額六七〇円というのも相当の幅をもつた金額というべく、一円でも下回することを許さない趣旨での最低限度の金額ではない・・・改訂直前の時期において一割程度の不足の生ずることはやむをえないところである。したがつて、一割程度の不足をもつて本件保護基準を当・不当というにとどまらず確定的に違法と断定することは早計である」

また「実態調査の結果や要求額・希望額が右の程度であることは、本件日用品費の基準六〇〇円（月額）が低いことを示すものではあつても、現実無視の架空な額を掲げた違法なものであると断定する資料としては十分でないといわなければならない」

「本件保護基準を違法とは決しかねるのであるが、しかしなお概観的に見て、本件日用品費の基準がいかにも低額に失する感は禁じ得ない・・・本件日用品費の基準が、単に頗る低額に過ぎるとの比較の問題をこえて、さらにこれを違法としてその法律上の効力を否定しなければならないことを、裁判所が確信をもつて断定するためには、その資料は、被控訴人側の熱心な立証にもかかわらず、本件口頭弁論に顕出された限りにおいては、なお十分でないといわなければならない」

【最大判昭 42.5.24 民集 21-5-1043】朝日訴訟最判[S39 行ツ 14]

本論「生活保護法の規定に基づき要保護者または被保護者が国から生活保護を受けるのは、単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、法的権利であつて、保護受給権とも称すべきものと解すべき・・・この権利は・・・一身専属の権利であつて・・・相続の対象ともなり得ない・・・被保護者の生存中の扶助ですでに遲滞にあるものの給付を求める権利についても、・・・当該被保護者の死亡によつて当然消滅し、相続の対象となり得ない・・・不当利得返還請求権は、保護受給権を前提としてはじめて成立するものであり、その保護受給権が右に述べたように一身専属の権利である以上、相続の対象となり得ない」

傍論「憲法二五条一項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」と規定している。この規定は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない（食糧管理法違反事件）。具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によつて、はじめて与えられているというべき」「何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、その判断は、不当の問題として政府の政治責任が問われることはあつても、直ちに違法の問題を生ずることはない。ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によつて与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となることをまめかれない」「本件生活扶助基準が入院入所患者の

最低限度の日用品費を支弁するにたりるとした厚生大臣の認定判断は、与えられた裁量権の限界をこえまたは裁量権を濫用した違法があるものとはとうてい断定することができない」

(奥野補足)「憲法は、右の権利を、時の政府の施政方針によつて左右されることのない客観的な最低限度の生活水準なるものを想定して、国に前記責務を賦課したものとみるのが妥当・生活保護法が・具体的な権利として賦与した保護受給権も、右の適正な保護基準による保護を受け得る権利である」が、物価の動向が年度が変わらなると正確に把握できないなどの事情があったので、違法とは認められない。

(田中反対)「不当利得返還請求権は、保護受給権そのものの主張でないことはもちろん、すでに遅滞にある生活保護の給付の請求そのものでもなく、元来、朝日茂の自由に使用処分し得た金銭の返還請求権ともいうべきものであつて、このような権利についてまで、その譲渡性や相続性を否定すべき合理的根拠は見出しがたい」が、基準・決定は「直ちに違憲又は違法とし、これを無効又は違法と断ずることはでき」ないから上告棄却

(松田・岩田反対、草鹿同調)「右変更決定以降同人が自己負担金として国に支払つた限度」で不当利得で訴訟は承継できる。上告理由について付記しても意味がないので、そこは立ち入らない。

・老齢福祉年金の夫婦受給制限は違憲

【東京地判昭 43.7.15】 牧野訴訟[27603180]

老齢福祉年金(拠出制老齢年金全面実施までの経過措置として、無拠出で給付されたもの)の夫婦受給制限(夫婦とも老齢福祉年金を受給する場合、夫婦それぞれ 3,000 円の支給を停止するもの。原告の受給額は 15,600/18,000→12,600/15,000 円となった) ※裁判長は杉本良吉

「老齢福祉年金における夫婦受給制限の規定は、夫婦がともに老齢福祉年金の支給を受ける場合には、高齢者が夫婦者であるという理由で、単身高齢者に比べ、それぞれ金三、〇〇〇円の支給を停止する旨を規定するものであつて、高齢者が夫婦者であるという社会的身分により経済関係における施策のうえで、差別的取扱いをするものであるといふ。したがつて、かかる差別的取扱いが事柄の性質に即応して合理的理由があることが認められない限り、右の夫婦受給制限の規定は上記憲法の条項に違反し、無効である」統計上、夫婦同居の方が単身より生計費が安いわけではないから、制限は「国家財政の都合から、あえて高齢者の生活実態に目を蔽うものであるとのそしりを免れないといふべく、到底、差別すべき合理的理由があるものとは認められない」として「夫婦受給制限の規定は、差別すべき合理的理由が認められないのに夫婦者の高齢者を差別するものであつて、憲法一四一条一項に違反し無効」とした。

3. 違憲審査基準

- ・ 多数説：中間審査 ⇔ 少数説・判例：合理性の基準
- ・ 障害福祉年金と児童扶養手当の併給制限は合憲：1 項と 2 項で峻別すべし

【大阪高判昭 50.11.10】 堀木訴訟二審[27200150]

一審：却下処分取り消し→双方控訴：請求棄却(一審判決後昭 48.10.1 施行の改正で併給が認められた)

一種一級の障害者として障害福祉年金を受給する原告が、夫と離婚の 7 年後に産まれた次男を養育しているため、児童扶養手当を申請したが却下された(障害福祉年金との併給禁止のため)のは憲法 13,14-1,25-2 違反として訴えたもの。障害をもつ父・健全な母・子であれば児童扶養手当は支給されるが、障害をもつ母と子では支給されない。

一審は「障害福祉年金によつて補わんとするのは、原告個人の身体障害であつて、原告において養育中の児童については、右年金は何ら関知するところがない」し児童扶養手当の目的にも反し、さらに経済生活に余裕がないのも確認できるから違憲とし、却下処分を取り消した。

控訴審は、「個々の国民は、直接これにより、国に対し具体的、現実的な権利を有するものではない。国民の本条による具体的権利は、本条の規定の趣旨を実現するために制定される個々の法律によつて、はじめて与えられるのである」「すべての施策を一体としてみた場合に、健康で文化的な最低限度の生活が保障される仕組みにな

つていれば、憲法第二五条の要請は満たされているというべきである」[本条第二項による国の責務の遂行には、当然に財政措置を伴うものであり、而も財政には制約があるから、国は国家財政、予算の配分との関連において、できる限り、社会生活水準の向上及び増進に努めればよく、それをもつて同条項の規定の趣旨に十分合致するもの・・それでもなお最低限度の生活を維持し得ない者もあることは否定することはできないので、この落ちこぼれた者に対し、国は更に本条第一項の「健康で文化的な最低生活の保障」という絶対的基準の確保を直接の目的とした施策をなすべき責務がある・・本条第二項は国の事前の積極的防貧施策をなすべき努力義務のあることを、同第一項は第二項の防貧施策の実施にも拘らず、なお落ちこぼれた者に対し、国は事後的、補足的且つ個別的な救貧施策をなすべき責務のあることを各宣言したものである]

国民年金制度・児童扶養手当はともに 25 条 2 項の問題で「児童扶養手当制度は、生別母子世帯の生活は最終的には生活保護法によつて保障されるべきものであるとの前提に立つて、主として所得能力の低下、喪失に対し、一般的総括的に、その所得の一部を保障しようとする制度であり、足りない場合は生活保護があるから併給禁止は違憲ではない。さらに合理性の基準で検討しても違憲ではない。

・ 立法府の裁量を広汎に認め合理性の基準によつたもの

【最大判昭 57.7.7 民集 36-7-1235】堀木訴訟最判[S51 行ツ 30]

「事故が二以上重なつたからといつて稼働能力の喪失又は低下の程度が必ずしも事故の数に比例して増加するといえないことは明らかである。このような場合について、社会保障給付の全般的公平を図るため公的年金相互間における併給調整を行うかどうかは、さきに述べたところにより、立法府の裁量の範囲に属する事柄」

「憲法二五条の規定の要請にこたえて制定された法令において、受給者の範囲、支給要件、支給金額等につきなら合理的理由のない不当な差別的取扱をしたり、あるいは個人の尊厳を毀損するような内容の定めを設けているときは、別に所論指摘の憲法一四条及び一三条違反の問題を生じうることは否定しえない・・本件併給調整条項の適用により・・差別を生ずることになるとしても、さきに説示したところに加えて原判決の指摘した諸点、とりわけ身体障害者、母子に対する諸施策及び生活保護制度の存在などに照らして総合的に判断すると、右差別がなんら合理的理由のない不当なものであるとはいえない」[併給調整条項が児童の個人としての尊厳を書し、憲法一三条に違反する恣意的かつ不合理な立法であるといえないことも、上來說示したところに徴して明らか]

【最判昭 18.3.28】判例（低所得者からの介護保険料徴収）[28110843]

所得に応じた段階制、負担軽減規定、減免制度、生活保護受給者への保険料相当額支給など「低所得者に対して配慮した規定が置かれているのであり、また、介護保険制度が国民の共同連帯の理念に基づき設けられたものであること（介護保険法 1 条）にかんがみると、本件条例が、介護保険の第 1 号被保険者のうち、生活保護法 6 条 2 項に規定する要保護者で地方税法 2 9 5 条により市町村民税が非課税とされる者について、一律に保険料を賦課しないものとする旨の規定又は保険料を全額免除する旨の規定を設けていないとしても、それが著しく合理性を欠くということとはできないし、また、経済的弱者について合理的な理由のない差別をしたものということとはできない。したがって、本件条例が上記の規定を設けていないことは、憲法 1 4 条、2 5 条に違反しない」

一定金額以下なら適用されないから「特別徴収の制度は、著しく合理性を欠くということとはできないし、経済的弱者を合理的な理由なく差別したのではないから、憲法 1 4 条、2 5 条に違反しない」

【最判平 24.2.28】判例（生活保護法の老齢加算廃止）[25444311]

老齢加算廃止に伴う保護変更決定の取消し請求。控訴審中に原告 1 名死去。一番～最高裁まですべて請求棄却。老齢加算廃止あるいはその際の激変緩和措置に「裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があると認められる場合に、生活保護法 3 条、8 条 2 項の規定に違反し、違法となるものというべきである」[本件改定については・・いずれの観点からも裁量権の範囲の逸脱又はその濫用があるということとはできない。したがって、本件改定は、生活保護法 3 条又は 8 条 2 項の規定に違反するものではないと・・本件改定に基づいてされた本件各決定にも、これを違法と解すべき事情は認められない」[厚生労働大臣が老齢加算を数次の減額を経て廃止する保護基準の改定として行った本件改定は、このように憲法 2 5 条の趣旨を具体化した生活保護法 3 条又は 8 条 2 項の規定に違反

するものではない以上、これと同様に憲法25条に違反するものでもない」

4. 生存権を自由権としてとらえたもの：国家による侵害の排除による生存権保障

【最決平 1.2.7】 総評サラリーマン税金訴訟[22002507]

一審：請求棄却→控訴棄却→上告棄却

総評加盟単組の専従が源泉徴収分の返還を求めたもの。サラリーマンの源泉徴収が給与所得者の「健康で文化的な最低限度の生活」を侵害すると主張した。憲法14-1,31,84,25条違反とした。

「給与所得の金額を計算する際、収入金額から給与所得者の生活費を必要経費として控除すべきであり、これを控除しないものとするは憲法一四条一項に違反する旨主張するが、その趣旨は、所得税法二八条等に定める給与所得控除額が低額にすぎ、同法が事業所得者等に比して給与所得者を不当に差別しているというところ、同法が必要経費の控除について事業所得者等と給与所得者との間に設けた区別は、合理的なものであり、憲法一四条一項の規定に違反するものではない」→それを基礎とする31,84条違反も認められない。

憲法25条違反は合理性の審査で足り、「上告人らは、もつぱら・・昭和四六年の課税最低限がいわゆる総評理論生計費を下まわるとを主張するにすぎないが、右総評理論生計費は日本労働組合総評議会（総評）にとつての望ましい生活水準ないしは将来の達成目標にほかならず、これをもつて「健康で文化的な最低限度の生活」を維持するための生計費の基準とすることができない・・上告人らは前記諸規定が立法府の裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないゆえんを何ら具体的に主張していないから、上告人らの憲法二五条、八一条違反の主張は失当」

「源泉徴収制度を定める国税通則法及び前記所得税法の規定が憲法一四条一項に違反するものでない」

・生活保護費から積み立てた預貯金や学資保険の返戻金を収入認定したのは違法

【秋田地判平 5.4.23】 秋田生活保護費預貯金訴訟[27815461]

一審：保護変更処分取消・指導指示処分無効確認（確定）

12月末日時点で、「収入認定された障害年金と生活保護費で蓄えた八一万二七五三円の預貯金を保有していることに対し、被告が、うち二七万三四〇七円を収入認定して保護費を減額する保護変更処分（生活保護法二五条）をし、また、うち四五万七〇〇〇円についてはその用途を弔慰の用途に限定する指導指示（同法二七条）をしたため、その取消・無効確認を請求した」もの。原告は身体障害2級。守る会がバックアップしていた。

「原告世帯の生活は、食生活、衣類なども、節約に節約を重ねたものであった。具体的にみると、肉類は月に二回程度鶏肉を買うのみで、それも、二日間五食に分けてこれを食べる、サバはこれを塩漬にし一〇切れにし、一回の食事に一切れずつ二人でなくなるまで食べ続けるというように極度に儉約したものであった。生活保護の開始後原告とキ工が購入した衣類はそれぞれ下着二枚程度であった。本件預貯金はこのような、儉約と節制に努めた生活態度の中から、収入認定された障害年金と生活保護費を源資として形成されたもの」預貯金の主な目的は、病気の夫に加え妻が倒れたときの介護費用で、さらに病気や雪おろしの等の不時の出費に備えるためであった。

「生活保護制度は、憲法二五条に由来し、憲法二五条でいう健康で文化的な最低限度の生活とは、人間の尊厳にふさわしい生活を意味する。人間の尊厳にふさわしい生活は、自らの生活や行動の仕方を自らの自由な意思により決定できるものでなければならず、その意味で、保護費の消費は、明らかに浪費的でない限り、被保護者の自由に委ねられることが要求される（保護費消費自由の原則）。生活保護制度において扶助の方式が金銭給付であるのもこれを担保するものである」本件の目的は浪費ではないから、「積極的に原告の最低限度の生活を営む権利を侵害するものであり、憲法二五条一項に違反する」「本件預貯金の形成経緯、目的に照らせば、本件預貯金は、現在活用されてはいないが近い将来活用されることがほぼ確実で、かついま処分するよりも保有している方が生活維持に実効があると認められるもの、ないし、社会通念上処分させることを適当としないものとして、保有が認められる資産というべきであり、また、社会通念上、収入として認定されるべきものではない」さらに「本件預貯金中には、原告に支給された昭和六〇年一月分の生活保護費（期末一時扶助を含む）及び同年一月と二月に消費されるべき障害年金が含まれており、その部分を収入として認定することは、支給した保護費自体を収入として認定し、かつ、収入認定された障害年金を再度収入認定するものであり、その違法性は明らかである。そ

して、本件変更処分は、右部分を含む本件預貯金全体について、その一部を収入として認定したものであるから、その全体が違法となるものである」

【最判平 16.3.16】学資保険訴訟[28090868]

保護変更取消・損賠請求→一審：取消却下、損賠棄却→控訴：取消認容、損賠棄却→被告上告：上告棄却
生活保護費から娘 2 名の学資保険を積み立てていたが、その返戻金を収入認定して生活保護費の減額の変更処分をしたもの。一審は学資にあてられていないなどとして違法とせず。

控訴審は「保護費等を原資とする預貯金は、その貯蓄の目的や態様（金額を含む。）等に照らして、要保護者の最低限度の生活の保障とその自立助長を図ることを目的とする生活保護法の趣旨目的を逸脱するようなものではなく、かつ、一般の国民感情に照らしても違和感を覚えるようなものでない限り、収入認定の対象となるべき被保護者の資産等には当たらないものというべきである」として保護変更処分を取消。一方で、福祉事務所長に故意又は過失は認められないとして、国賠請求は棄却した。

最高裁は「被保護者が保護金品等によって生活していく中で、支出の節約の努力（同法 60 条参照）等によって貯蓄等に回すことの可能な金員が生ずることも考えられないではなく、同法も、保護金品等を一定の期間内に使い切ることまでは要求していないものというべきである。同法 4 条 1 項、8 条 1 項の各規定も、要保護者の保有するすべての資産等を最低限度の生活のために使い切った上でなければ保護が許されないとするものではない」

「生活保護法の趣旨目的にかなった目的と態様で保護金品等を原資としてされた貯蓄等は、収入認定の対象とすべき資産には当たらないというべき。・被保護世帯において、最低限度の生活を維持しつつ、子弟の高等学校修学のための費用を蓄える努力をすることは、同法の趣旨目的に反するものではないというべきである」

「同一世帯の構成員である子の高等学校修学の費用に充てることを目的として満期保険金 50 万円の本件学資保険に加入し、給付金等を原資として保険料月額 3000 円を支払っていたことは、生活保護法の趣旨目的にかなったものであるということが出来るから、本件返戻金は、それが同法の趣旨目的に反する使われ方をしたなどの事情がうかがわれない本件においては、同法 4 条 1 項にいう資産等又は同法 8 条 1 項にいう金銭等には当たらず、収入認定すべき資産に当たらないというべきである。したがって、本件返戻金の一部について収入認定をし、保護の額を減じた本件処分は、同法の解釈適用を誤ったものというべき」として上告棄却。

第2節 教育の権利（26条）

第1款 教育の権利

1. 1項：すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する
 - ・ 2項：すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする
2. 教育の権利の側面
 - ・ 社会権的側面：教育制度や教育の場の整備を国家に要求する権利
 - ・ 自由権的側面：子ども・親・教員の教育権への国家の不当な干渉を排除する権利
3. 教育の権利の本質
 - ・ 生存権説（経済的権利説）：教育は人間的生存にかかわる権利ゆえ、資力等にかかわらず等しく教育を受けられるような経済的配慮を国家に要求する権利である。
 - ・ 市民的権利説：教育の役割は主権者としての資質・能力の養成にある。
 - ・ 学習権説：子どもが人間的に成長・発達していくための学習権の保障にある。

第2款 教育の機会均等

1. 「障害者とその能力の全面的発達を追求すること」も憲法の保障の範疇

【神戸地判平 4.3.13】筋ジスを理由とした高校入学不許可は違法[25000001]

尼崎市立尼崎高校を受験し、「調査書の学力評定及び学力検査の合計点において合格点に達していたが、進行性の筋ジストロフィー症に罹患していて、高等学校の全課程を無事に履修する見込みがないと判定されて」入学不許可となったもの。入学不許可処分取消・慰謝料 100 万円認容。

「確かに、障害を有する個々の児童、生徒につき、具体的にどのように教育を受ける権利が実現されるべきであるかについては議論があるところであり、当裁判所も、障害を有する児童、生徒を全て普通学校で教育すべきであるという立場に立つものではない・・・たとえ施設、設備の面で、原告にとって養護学校が望ましかったとしても、少なくとも、普通高等学校に入学できる学力を有し、かつ、普通高等学校において教育を受けることを望んでいる原告について、普通高等学校への入学の途が閉ざされることは許されるものではない。健常者で能力を有するものがその能力の発達を求めて高等普通教育を受けることが教育を受ける権利から導き出されるのと同様に、障害者とその能力の全面的発達を追求することもまた教育の機会均等を定めている憲法その他の法令によって認められる当然の権利であるからである」

「原告は、その中学時代の通学状況、学習能力、身体能力及び成績並びに本件高校における過去の身体障害者受入れの実績、施設及び教科履修などの点からしても、本件高校の全課程を履修することは可能であると認められるにもかかわらず、養護学校の方が望ましいという理由で本件高校への入学を拒否することは、万難を排して本件高校へ入学し、自己の可能性を最大限に追求したいという原告の希望を無視することになり、その結果は、身体に障害を有する原告を不当に扱うものであるといわなければならない」

2. 教育を受けさせる義務
 - ・ 子に小中学校の普通教育を受けさせる保護者の義務（教基法 4 条 1 項、学校教育法 16,17 条）
3. 義務教育の無償
 - ・ 授業料無償説：判例・通説 ⇔ 一切無償説（就学必需費無償説・就学費無償説）
 - ・ 教科書無償は含まない（1963 年以降は教科書無償配布）

【最大判昭 39.2.26】教科書国庫負担請求事件[27001937]

国民義務教育図書代金 5,836 円の徴収行為の取消・国への 5,836 円支払請求→一審：前者却下、後棄却→控訴：棄却・追加した不作為請求棄却→上告棄却

一審は主張する行政処分があった立証がなく、また国を被告とするのは誤りゆえ却下。また憲法 26 条は教科書代まで無償としたものではないとしてその他は棄却。控訴審も同様。

最高裁は「憲法がかように保護者に子女を就学せしむべき義務を課しているのは、単に普通教育が民主国家の存立、繁栄のため必要であるという国家的要請だけによるものではなくして、それがまた子女の人格の完成に必要な欠くべからざるものであるということから、親の本来有している子女を教育すべき責務を完うせしめんとする趣旨に出たものであるから、義務教育に要する一切の費用は、当然に国がこれを負担しなければならないものとはいえないからである」

「憲法二六条二項後段・・・は、国が義務教育を提供するにつき有償としないこと・・・同条項の無償とは授業料不徴収の意味と解するのが相当である。そして、かく解することは、・・・沿革にも合致するもので・・・教育基本法四条二項および学校教育法六条但書において、義務教育については授業料はこれを徴収しない旨規定している所以も、右の憲法の趣旨を確認したものである・・・それ故、憲法の義務教育は無償とするとの規定は、授業料のほか、教科書、学用品その他教育に必要な一切の費用まで無償としなければならないことを定めたものと解することはできない」「もとより、憲法はすべての国民に対しその保護する子女をして普通教育を受けさせることを義務として強制しているのであるから、国が保護者の教科書等の費用の負担についても、これをできるだけ軽減するよう配慮、努力することは望ましいところであるが、それは、国の財政等の事情を考慮して立法政策の問題として解決すべき事柄であつて、憲法の前記法条の規定するところではない」

第3款 教育の自由

1. 教育の自由：保障されているのは間違いないが、根拠は 13 条・23 条・26 条と諸説

→教育権論争：権利主体は誰か・ものによって対立構造が異なる

- ・ 国家の教育権：下級審では第一次家永教科書一審（高津判決）
- ・ 国民の教育権：下級審では第二次家永教科書一審（杉本判決）
- ・ 最高裁はどちらも極端とした。

【最大判昭 51.5.21】旭川学テ事件[27661956]

建造物侵入・公務執行妨害で起訴→一審：佐藤（旭川農高教諭、北教組旭川支部高校部長、永山中闘争委説得隊長）建造物侵入により罰金 2,500 円、浜埜（国労旭川地本執行委員）建造物侵入・暴力行為等処罰法により罰金 5,000 円、松橋（国策パルプ労組旭川支部副支部長・旭労執行委員）建造物侵入・暴力行為等処罰法により懲役 3 月・外崎（北王製油労組）暴力行為等処罰法により懲役 2 月各猶予 1 年、広岡・伊藤・加賀谷無罪→双方控訴：棄却→双方上告（広岡・伊藤・加賀谷除く）：松橋懲役 3 月・外崎懲役 2 月・浜埜懲役 1 月各猶予 1 年永山中学校の学テ阻止のため校内に侵入し（建造物侵入）、校長の説得中暴行したもの（公務執行妨害）。浜埜は調査補助者への暴行も（暴行）。一審は学テが違法（教育基本法 10 条 1 項違反、根拠とされた地教行法 54 条 2 項は根拠たり得ず、手続き上違法）として公務執行妨害を認めず、暴力行為等処罰法によった。

最高裁は教育権に関する国家の教育権・国民の教育権論を「当裁判所は、右の二つの見解はいずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできない」

「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属する」「憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解されるし、更にまた、専ら自由な学問的探究と勉学を旨とする大学教育に比してむしろ知識の伝達と能力の開発を主とする普通教育の場においても、例えば教師が公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの

間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。しかし、普通教育においては、児童生徒にこのような能力がなく、教師が児童生徒に対して強い影響力、支配力を有することを考え、また、普通教育においては、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されないとはいわなければならない

国は「憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する。教育内容に対する国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、殊に個人の基本的自由を認め、その人格の独立を国政上尊重すべきものとしている憲法の下においては、子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法二六条、一三条の規定上からも許されない」

「教育が国民の信託にこたえて右の意味において自主的に行われることをゆがめるような「不当な支配」であつて、そのような支配と認められない限り、その主体のいかんは問うところでない」と解しなければならない。「教基法一〇条一項は、いわゆる法令に基づく教育行政機関の行為にも適用があるものといわなければならない」「教育に対する行政権力の不当、不要の介入は排除されるべきであるとしても、許容される目的のために心要かつ合理的と認められるそれは、たとえ教育の内容及び方法に関するものであつても、必ずしも同条の禁止するところではない」「上記指導要領は、全体としてみた場合、教育政策上の当否はともかくとして、少なくとも法的見地からは、上記目的のために必要かつ合理的な基準の設定として是認することができる」

「本件学力調査には、教育そのものに対する「不当な支配」として教基法一〇条に違反する違法があるとすることはできない」手続上も実質上も違法はない以上、公務執行妨害が成立する。

【最判平 2.1.18】伝習館高校事件 [茅嶋ルート 27805751/半田・山口ルート 27805441]

福岡県の公立高校で 3 名の社会科教師が懲戒免職となった取消請求訴訟。スターリン批判や毛沢東思想などの授業が多く生徒からも批判され、果ては赤旗にまで批判されている。

一審：茅嶋請求棄却、半田・山口請求認容

→茅嶋控訴：棄却→上告棄却 / 被告控訴：棄却→被告上告：破棄自判（請求棄却）

茅嶋洋一は学校新聞への寄稿や文書配布等により生徒に対し特定思想の鼓吹を図ったほか、所定の教科書を使用せず、所定の考査も実施せず、一律の評価を行った。

半田隆夫は、所定の教科書を使用せず、高等学校学習指導要領の科目の目標及び内容を逸脱し、授業に際し、登校していながら出席しない生徒に対して注意せず、しばしば生徒を放任した。

山口重人は、所定の教科書を使用せず、高等学校学習指導要領の科目の目標及び内容を逸脱し、所定の考査も実施せず、一律の評価を行った。

一審は、半田につき一部は認定したが大勢に影響はなく、他は事実誤認、山口も一律評価以外は事実誤認として 2 人の懲戒免職を取り消したが、茅嶋は重要な点で事実誤認がなく、著しく妥当を欠くでもないから適法。

控訴審は一審判決を維持（ただし、事実認定は広げ、処分過重による裁量権逸脱で違法とした）

茅嶋ルート「学校教育法五一条により高等学校に準用される同法二一条が高等学校における教科書使用義務を定めたものであるとした原審の判断は、正当として是認することができ、右規定をそのように解することが憲法二六条、教育基本法一〇条に違反するものでないことは、旭川学テ事件最高裁判決の趣旨に徴して明らかである」

半田・山口ルート「教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量を前提としてもなお、明らかにその範囲を逸脱して、日常の教育のあり方を律する学校教育法の規定や学習指導要領の定め等に明白に違反するものである」とし、他の処分歴も勘案して「懲戒事由に該当する被上告人らの前記各行為の性質、態様、

結果、影響等のほか、右各行為の前後における被上告人らの態度、懲戒処分歴等の諸事情を考慮のうえ決定した本件各懲戒免職処分を、社会観念上著しく妥当を欠くものとはいい難く、その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]

第3節 勤労の権利・労働基本権（27・28条）

第1款 勤労の権利（27条）

1. 1項：すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ
 - ・ 2項：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
 - ・ 3項：児童は、これを酷使してはならない
2. 労働の機会が得られるような国の政策と得られない場合の雇用保険制度
3. 労働基準法等による具体化 → 労働条件の最低保障

第2款 労働基本権（28条）

1. 28条：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
 - ・ 労働条件の向上のための手段の保障 → 不当労働行為への行政・司法による保障
2. 団結権・団体交渉権・団体行動権（争議権）の保障：私人間に直接適用される
 - ・ 自由権的側面：その行使を国に干渉されない（労組法1条2項による刑事免責）
 - ・ 社会権的側面：不当労働行為に対する行政・司法の救済
3. 団結権：勤労者が労働条件の維持改善のために団体を結成し加入する権利
 - ・ ユニオンショップ協定は合法だが、効力に限界がある

【最大判昭 43.12.4 刑集 22-13-1425】三井美唄労組事件（統制権の限界）[S38 あ 974]

公選法違反（選挙の自由妨害）：一審：罰金1~2万円→控訴：無罪（威迫とまで言えず）→上告：破棄差戻し
美唄市議選に労組統一候補6名を推薦決定したのに、前回は推薦を得て当選していた現職市議（組合員）が立候補しようとしたため統制処分をちらつかせて威迫したもの。当選後、一年間の権利停止とした。

「憲法二八条による労働者の団結権保障の効果として、労働組合は、その目的を達成するために必要であり、かつ、合理的な範囲内において、その組合員に対する統制権を有する」「労働組合が右の目的をより十分に達成するための手段として、その目的達成に必要な政治活動や社会活動を行なうことを妨げられるものではない」「地方議会議員の選挙にあたり、いわゆる統一候補を決定し、組合を挙げて選挙運動を推進することとし、統一候補以外の組合員で立候補しようとする組合員に対し、立候補を思いとどまるように勧告または説得することも、その限度においては、組合の政治活動の一環として、許されるところと考えてよい」が「当該組合員に対し、勧告または、説得の域を超え、立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分するがときは、組合の統制権の限界を超えるものとして、違法」

【最判昭 50.11.28 民集 29-10-1698】国労広島地本事件[S48 才 499]

①他の労働組合の闘争を支援するための臨時組合費は納入義務がある（反対1）

②安保反対闘争のための臨時組合費は納入義務がない（組合活動との関係性が究極的にすぎる）

「労働者の権利利益に直接関係する立法や行政措置の促進又は反対のためにする活動のごときは、政治的活動としての一面をもち・・・このような活動について組合員の協力を要求しても、その政治的自由に対する制約の程度は極めて軽微・・・労働組合の自主的な政策決定を優先させ、組合員の費用負担を含む協力義務を肯定すべき」

「安保反対闘争のような活動は、究極的にはなんらかの意味において労働者の生活利益の維持向上と無縁ではないとしても、直接的には国の安全や外交等の国民的関心事に関する政策上の問題を対象とする活動であり・・・それについて組合の多数決をもつて組合員を拘束し、その協力を強制することを認めるべきではない」

③安保反対闘争での被処分組合員の救援のための臨時組合費は納入義務がある（共済活動だから。反対2）

「労働組合の行うこのような救援そのものは、組合の主要な目的の一つである組合員に対する共済活動として当然に許されるところ・・・その拠出を強制しても、組合員個人の政治的思想、見解、判断等に関係する程度は極めて

て軽微なものであつて、このような救援資金については、先に述べた政治的活動を直接の目的とする資金とは異なり、組合の徴収決議に対する組合員の協力義務を肯定することが相当である」

④総選挙で組合出身候補者の所属政党に対する寄付のための臨時組合費は納入義務がない

「選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断ないしは感情等に基づいて自主的に決定すべき事柄・・・労働組合が組織として・・・選挙運動を推進すること自体は自由であるが、組合員に対してこれへの協力を強制することは許されないというべきであり、その費用の負担についても同様に解すべき」

【最大判平 1.12.14】三井倉庫港運事件（組合除名無効）[27805325]

解雇無効確認等請求：一審認容→双方控訴棄却→上告棄却

脱退して別の組合に加入し、説得に応じないため組合を除名された労働者を会社が解雇したもの。

「ユニオン・ショップ協定によって、労働者に対し、解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することは、それが労働者の組合選択の自由及び他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されない」「ユニオン・ショップ協定のうち、締結組合以外の他の労働組合に加入している者及び締結組合から脱退し又は除名されたが、他の労働組合に加入し又は新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分は、右の観点からして、民法九〇条の規定により、これを無効と解すべきである（憲法二八条参照）」

4. 団体交渉権：団体が主体となって使用者と労働条件につき交渉し協定する権利
5. 団体行動権：ストライキその他の争議行為を行う権利
 - ・判例は政治ストを 28 条の保護の外に置く
 - ・学説は純粋な政治ストと経済的政治ストに分け、後者を正当な争議行為とする。

【最大判昭 48.4.25】全農林警職法事件[刑掲 27670688]

「とくに勤労者なるがゆえに、本来経済的地位向上のための手段として認められた争議行為をその政治的主張貫徹のための手段として使用しうる特権をもつものとはいえないから、かかる争議行為が表現の自由として特別に保障されるということは、本来ありえないものというべきである・・・公務員は、もともと合憲である法律によって争議行為をすること自体が禁止されているのであるから、勤労者たる公務員は、かかる政治的目的のために争議行為をすることは、二重の意味で許されないものといわなければならない」

- ・生産管理は争議行為の態様としては正当性が否定される

【最大判昭 25.11.15】山田鋼業事件[27610320]

一審：無罪（生産管理は合法）→控訴：懲役 6 月猶予 1 年（生産管理は基本的に違法）→上告棄却

人員整理として労組幹部の誡首を通告してきたため、ストライキとなり、生産管理を実施したが、その際保管中の鉄板を売却した行為が業務上横領とされたもの。控訴審・上告審は窃盗で有罪。

「労働者側が企業者側の私有財産の基幹を揺がすような争議手段は許されない。なるほど同盟罷業も財産権の侵害を生ずるけれども、それは労働力の給付が債務不履行となるに過ぎない。然るに本件のようないわゆる生産管理に於ては、企業経営の権能を権利者の意思を排除して非権利者が行うのである。それ故に同盟罷業も生産管理も財産権の侵害である点において同様であるからとて、その相違点を無視するわけにはゆかない」

第 3 款 公務員の労働基本権

1. 現行の国公法・地公法等での規定
 - ・現業公務員：団結権と団体交渉権のみ。
 - ・非現業公務員：団結権と団体交渉権の一部（交渉内容の限定・協約締結権の否定）のみ。
 - ・警察・消防・海保・監獄職員・自衛隊員：労働三権すべて否定
2. 労働基本権についての判例の変遷

【最大判昭 28.4.8】政令 201 号事件[27660329]

国公法違反・政令 201 号違反。控訴審：懲役 6 月、4 名中 3 名猶予 4 年

公務員の争議行為を禁止する政令 201 号に反対して国労組合員 3 名がストライキをしたもの。

「国民の権利はすべて公共の福祉に反しない限りにおいて立法その他の国政の上で最大の尊重をすることを必要とするものであるから、憲法二八条が保障する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も公共の福祉のために制限を受けるのは己を得ないところである。殊に国家公務員は、国民全体の奉仕者として（憲法一五条）公共の利益のために勤務し、且つ職務の遂行に当つては全力を挙げてこれに専念しなければならない（国家公務員法九六条一項）性質のものであるから、団結権団体交渉権等についても、一般に勤労者とは違つて特別の取扱を受けることがあるのは当然である・本件政令第二〇一号が公務員の争議を禁止したからとて、これを以て憲法二八条に違反するものということとはできない」

（粟出意見）元々公務員は憲法 28 条の保障の域外で、公共の福祉のため労働基本権を取り上げたのでない。

（真野反対）このあと制定された公共企業体労働関係法に争議行為への罰則がなく、政令 201 号のなお従前の例による規定はない以上、免訴とすべき。

【最大判昭 41.10.26 刑集 20-8-901】東京中郵事件（郵便法違反教唆）[S39 あ 296]

郵便法違反教唆→一審：無罪→控訴：破棄差戻し→上告：破棄差戻し→控訴棄却

「憲法自体が労働基本権を保障している趣旨にそくして考えれば、実定法規によつて労働基本権の制限を定めている場合にも、労働基本権保障の根本精神にそくしてその制限の意味を考察すべきであり、ことに生存権の保障を基本理念とし、財産権の保障と並んで勤労者の労働権・団結権・団体交渉権・争議権の保障をしている法体制のもとでは、これら両者の間の調和と均衡が保たれるように、実定法規の適切妥当な法解釈をしなければならない。右に述べた労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業体の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法二八条にいう労働者にはかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきものと解される。「公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない」とする憲法一五条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない。ただ、公務員またはこれに準ずる者については、後に述べるように、その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまる……労働基本権のうちで、団体行動の一つである争議をする権利についていえば、勤労者がする争議行為は、正当な限界をこえないかぎり、憲法の保障する権利の行使にかならないから、正当な事由に基づくものとして、債務不履行による解雇、損害賠償等の問題を生ずる余地がなく、また、違法性を欠くものとして、不法行為責任を生ずることもない。労組法七条で、労働者が労働組合の正当な行為をしたことの故をもつて、使用者がこれを解雇し、その他これに対して不利益な取扱いをすることを禁止し、また、同八条で、同盟罷業その他の争議行為であつて正当なものによつて損害を受けたことの故をもつて、使用者が労働組合またはその組合員に対して、損害賠償を請求することができない旨を規定しているのは、右に述べた当然のことを明示的にしたものと解される。このような見地からすれば、同盟罷業その他の争議行為であつて労組法の目的を達成するためにした正当なものが刑事制裁の対象とならないことは、当然のことである。労組法一条二項で、刑法三五条の規定は、労働組合の団体交渉その他の行為であつて労組法一条一項に掲げる目的を達成するためにした正当なものについて適用があるとしているのは、この当然のことを注意的に規定したものと解すべきである。また、同条二項但書で、いかなる場合にも、暴力の行使は、労働組合の正当な行為と解釈されてはならないと規定しているが、これは争議行為の正当性の一つの限界を示し、この限界をこえる行為は、もはや刑事免責を受けないことを明らかにしたものとすべきである」「このように見てくると、公労法三条が労組法一条二項の適用があるものとしているのは、争議行為が労組法一条一項の目的を達成するためのものであり、かつ、たんなる罷業または怠業等の不作為が存在するにとどまり、暴力の行使その他の不当性を伴わない場合には、刑事制裁の対象とはならない……それと同時に、争議行為が刑事制裁の対象とならないのは、右の限度においてであつて、もし争議行為が労組法一条一項の目的のためでなくして政治的目的のために行なわれたような場合である

とか、暴力を伴う場合であるとか、社会通念に照らして不当に長期に及ぶときのように国民生活に重大な障害をもたらす場合には、憲法二八条に保障された争議行為としての正当性の限界をこえるもので、刑事制裁を免れない……これと異なり、公共企業体等の職員のする争議行為について労組法一条二項の適用を否定し、争議行為について正当性の限界のいかんを論ずる余地がないとした当裁判所の判例（最判昭 38.3.15）は、これを変更すべきものと認める」「争議行為が労組法一条一項の目的のためであり、暴力の行使その他の不当性を伴わないときは、前に述べたように、正当な争議行為として刑事制裁を科せられないものであり、労組法一条二項が明らかにしているとおり、郵便法の罰則は適用されないこととなる。」

【最大判昭 44.4.2】都教組事件（地方公務員法違反）[刑掲 27670504]

合憲限定解釈によって地方公務員法は合憲としつつ、刑事罰適用には争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為等のあおり行為等であつてはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨と解すべきとする二重の絞り論を展開。

「ひとしく争議行為といつても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない」「争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない」

【最大判昭 48.4.25 刑集 27-4-547】全農林警職法事件[刑掲 27670688]

「この労働基本権は、右のように、勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであつて、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法一三条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところ」→公務員の場合私企業と異なる理由を挙げ、争議行為禁止は合憲とする。

「とくに勤労者なるがゆえに、本来経済的地位向上のための手段として認められた争議行為をその政治的主張貫徹のための手段として使用しうる特権をもつものとはいえないから、かかる争議行為が表現の自由として特別に保障されるということは、本来ありえないものというべきである」

「あおり」の定義の限定解釈を否定し、全司法仙台事件の判例を変更。

（石田、村上、藤林、岡原、下田、岸、天野補足）田中らの意見を非難

（岸、天野補足）「代償措置が迅速公平にその本来の機能をはたさず實際上画餅にひとしいとみられる事態が生じた場合には、公務員がこの制度の正常な運用を要求して相当と認められる範囲を逸脱しない手段態様で争議行為にでたとしても、それは、憲法上保障された争議行為であるというべき」

（岩田意見）都教組事件に同旨。多数意見は限定解釈不要とするが同意できない。

（田中、大隅、岸根、小川、坂本意見）限定解釈をしないのは間違っている。

（色川反対）多数意見は争議行為禁止の理由は説明するが、刑罰まで科す理由を説明していないし、それによれば参加者は全員有罪にしうる（スト自体組員全員の共謀ではないか）。反対理由は全司法事件とおなじ。

第6章 身体的自由権と手続的権利

第1節 身体の自由

第1款 奴隷的拘束の禁止・苦役からの自由（18条）

1. 奴隷的拘束の絶対禁止

- ・ 18条前段：何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない
- ・ 刑罰や労役場留置も奴隷的であってはならない。
- ・ 人身売買や娼妓契約・監獄部屋などは直接憲法違反となり、また公序良俗違反である。
- ・ 強制労働の禁止（労基法5条）、逮捕監禁罪（刑法220条）、人身保護法も18条の具体化。

2. 苦役からの自由

- ・ 18条後段：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
- ・ 保安処分はこれにより違憲とされる。
- ・ 憲法上に兵役義務があれば別段、徴兵制は18,9条に違反する。
- ・ 災害対策基本法65条・消防法29条5項（災害や火災で緊急の必要がある場合に住民や現場にいる人に手伝わせることができる）を違憲とする説はほとんどない。

第2款 拷問・残虐刑の禁止 (36条)

1. 36条：公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる

- ・残虐な刑罰：「不必要な精神的、肉體的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」のこと
【最大判昭 23.6.30】「残虐な刑罰」の意味[27912690]

「残虐な刑罰」とは、不必要な精神的、肉體的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰を意味「事實審の裁判官が、普通の刑を法律において許された範囲内で量定した場合において、それが被告人の側から観て過重の刑であるとしても、これをもつて直ちに所論のごとく憲法にいわゆる「残虐な刑罰」と呼ぶことはできない」

2. 死刑は 13,31 条反対解釈から合憲（執行方法によっては違憲、廃止しても違憲ではない）

【最大判昭 23.3.12】死刑の合憲性[27760012]

田舎での労働を好まず、果ては米を盗んだため生活困窮し、母と妹に厳しくあたられたため兩人を殺害して井戸に投棄したもの（尊属殺人と殺人の連続犯、死体遺棄により控訴審は死刑）

弁護人は死刑が憲 36 条違反と主張したが「憲法第十三条においては、すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし、同時に同条においては、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ることを当然予想しているものといわねばならぬ。そしてさらに、憲法第三十一条によれば、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つて、これを奪う刑罰を科せられることが、明かに定められている。すなわち憲法は現代多数の文化国家におけると同様に、刑罰として死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである」「死刑は、冒頭にも述べたようにまさに窮極の刑罰であり、また冷厳な刑罰ではあるが、刑罰としての死刑そのものが、一般に直ちに同条にいわゆる残虐な刑罰に該当するとは考えられない」「ただ死刑といえども、他の刑罰の場合におけると同様に、その執行の方法等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、勿論これを残虐な刑罰といわねばならぬから、将来若し死刑について火あぶり、はりつけ、さらし首、釜ゆでの刑のごとき残虐な執行方法を定める法律が制定されたとするならば、その法律こそは、まさに憲法第三十六条に違反する」

（島、藤田、岩松、河村補充）将来死刑の威嚇が不要になり、死刑が残虐な刑罰となるやもしれぬが今は違う。

（井上補充）13,31 条反対解釈を強調。「今でも誰れも好んで死刑を言渡すものはないのが実状だから」とも。

【最大判昭 30.4.6】絞首刑は憲法 36 条に違反しない[27760516]

「現在各国において採用している死刑執行方法は、絞殺、斬殺、銃殺、電気殺、瓦斯殺等であるが、これらの比較考量において一長一短の批判があるけれども、現在わが国の採用している絞首方法が他の方法に比して特に人道上残酷であるとする理由は認められない」（銀行強盗等により、強盗殺人・同未遂・殺人予備・強盗予備・私文書偽造・偽造私文書行使・詐欺・同未遂で一審・二審とも死刑）

第3款 遡及処罰の禁止（39条前段）

1. 39条前段：何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない
- ・ 判例変更は遡及処罰の禁止にあたらぬ

【最判平 8.11.18】岩手学テ事件[刑掲 28015339]

最高裁の行為時の判例では無罪の行為を判例変更で罰するのは憲 39 条違反ではない。

（河合補足）「判例を信頼し、それゆえに自己の行為が適法であると信じたことに相当な理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地がある」ただし、判例変更は予想できたとする。

【最大判昭 25.4.26】刑事手続法に 39 条前段は適用されない[27760187]

「単に上告理由の一部を制限したに過ぎない訴訟手続に関する前記措置法の規定を適用して、その制定前の行為を審判することは、たとえそれが行為時の手続法よりも多少被告人に不利益であるとしても、憲法三九条にいわゆる「何人も、実行の時に適法であつた行為……については、刑事上の責任を問はれない」との法則の趣旨を類推すべき場合と認むべきではない」（賭博開帳凶利被告再上告事件）

（沢田・斎藤・藤田補足）39 条の対象は刑事実定法であり、刑事訴訟立法には適用されない。

（真野補足）39 条前段は司法権に対して事後の刑罰法規を遡及適用するな、という意味も含んでいる

第2節 刑事手続き上の権利

第1款 法律主義 (31条)

1. 31条：何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない

- ・ A説：刑事手続法の法定
- ・ B説：刑事手続法の法定と適正
- ・ C説：刑事手続法の法定・刑事実体法の法定
- ・ D説：刑事手続法の法定と適正・刑事実体法の法定
- ・ E説：刑事手続法の法定と適正・刑事実体法の法定と適正（通説）

→明確性原則、類推解釈禁止、刑事慣習法禁止、刑罰謙抑性、絶対的不定期刑の禁止など

←36,39,73条や13,14,41条とあわせて保障したとする説もある

2. 刑事法の明確性の原則

【最大判昭 60.10.23】福岡県青少年保護育成条例事件[27803700]

一審：罰金5万円→被告控訴棄却→被告上告棄却

16歳の少女とホテルで性交したものを。

「淫行」とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解する」「淫行」を広く青少年に対する性行為一般を指すものと解する・・・その解釈は広きに失することが明らか」「淫行」を目にして単に反倫理的あるいは不純な性行為と解するのでは、犯罪の構成要件として不明確であるとの批判を免れないのであつて、前記の規定の文理から合理的に導き出され得る解釈の範囲内で、前叙のように限定して解するのを相当とする。このような解釈は通常の判断能力を有する一般人の理解にも適うものであり、「淫行」の意義を右のように解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから、本件各規定が憲法三一条の規定に違反するものとはいえない

【最大判平 20.7.17】世田谷区リサイクル条例事件[25420963]

一審不明→検察控訴：罰金20万円→被告人上告：棄却

古紙回収業の被告人が世田谷区清掃・リサイクル条例にいう「所定の場所」あった古紙を区長に指定された者でなく、禁止命令を受けていたのに回収したものを。「所定の場所」が明確でなく違憲として上告。

「世田谷区清掃・リサイクル条例31条の2第1項にいう「一般廃棄物処理計画で定める所定の場所」の明確性に関し憲法31条違反をいう点は、同条例31条の2第1項、37条、一般廃棄物処理計画等によれば、世田谷区が、一般廃棄物の収集について区民等の協力を得るために、区民等が一般廃棄物を分別して排出する場所として定めた一般廃棄物の集積所を意味することは明らかであり、「所定の場所」の文言を用いた本件罰則規定が、刑罰法規の構成要件として不明確であるとはいえない。また、本件における違反場所は、「資源・ごみ集積所」と記載した看板等により、上記集積所であることが周知されている。さらに、「一般廃棄物処理計画」への構成要件の委任に関し憲法31条違反をいう点は、条例の委任により上記のような計画に技術的細目的事項を定めることがおよそ許されないものではない。また、憲法13条、22条1項、29条1項違反をいう点は、同条例31条の2、79条1号の各規定は、所論のいう各権利とは直接関連を有するものではなく、憲法14条違反をいう点は、同条例の上記各規定は、人種、信条、性別、社会的身分又は門地などにより被告人を不当に差別するものではない」

3. 科刑手続の法定・適正：不利益の処分に先立つ「告知と聴聞」の必要性

【最大判昭 37.11.28 刑集 16-11-1593】 第三者所有物没収事件[S30 あ 2961]

一審：懲役 6 月・4 月、船と積荷没収→控訴棄却→上告：懲役 6 月・4 月各猶予 3 年、船のみ没収

韓国向けに密輸出しようとして下関港を出港し、博多沖合相の島附近海上で韓国向けの漁船に積み替えようとしたが、時化のため失敗したもの（関税法違反未遂）。控訴審は積荷没収について、「本件犯罪が行われることをあらかじめ知らないで、本件犯罪が行われた時から引続き所有しているものとは認められない」として控訴棄却。

没収は「被告人以外の第三者が所有者である場合においても、被告人に対する附加刑としての没収の言渡により、当該第三者の所有権剥奪の効果を生ずる趣旨である」が、「第三者の所有物を没収する場合において、その没収に関して当該所有者に対し、何ら告知、弁解、防禦の機会を与えることなく、その所有権を奪うことは、著しく不合理であつて、憲法の容認しないところであるといわなければならない。」けだし、憲法二九条一項は、財産権は、これを侵してはならないと規定し、また同三一条は、何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられないと規定しているが、前記第三者の所有物の没収は、被告人に対する附加刑として言い渡され、その刑事処分の効果が第三者に及ぶものであるから、所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防禦の機会を与えることが必要であつて、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならないからである」

「かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である」所有者から賠償請求されるかもしれないから。

（入江補足）所有者の証人喚問では足りず、訴訟手続きに参加させて告知、弁解、防禦させねば違憲。

（垂水補足）没収すべき物を没収できなくても、適正手続がない間は第三者物を没収してはだめ。

（奥野補足）第三者物の没収時は民事訴訟で救済を求めうるというのは誤り。

（藤田反対）第三者の権利が侵害されることを理由に被告人が上告を申し立てるのは許されない。

（下飯坂反対、石坂同旨）他人についての違憲を理由に違憲審査をするのは司法権の逸脱。

（高木意見）没収物の所有者は刑訴法等により還付請求できるから、とりあえず没収してよい。

（山田反対）没収物の所有者は民事訴訟で争いうるから、とりあえず没収してよい。

第2款 令状による逮捕の原則（33条）

1. 33条：何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない
2. 別件逮捕：令状主義の潜脱にあたる

- ・ 最高裁は合法的な逮捕・拘留中の別件取調べは合憲とする。

【最大判昭 30.4.6】帝銀事件（強盗殺人）[27760516]

帝銀事件の嫌疑で逮捕し、拘留期限までに別の私文書偽造行使詐欺同未遂で起訴し、その拘留中に帝銀事件の取り調べを行ったもの。別件での起訴・拘留が不当でなく、その場合に別件の取り調べをしても違法違憲ではない。

- ・ 下級審で違法判決（証拠能力を否定したもの）がある

【東京地判昭 45.2.26】東京麻布連続放火事件（放火・同致死・同未遂）[27760896]

連続放火犯の疑いがあった被告人を睡眠薬を飲んで徘徊中の住居侵入で逮捕し、窃盗罪も付加しつつ、実際は放火の取り調べをして自白をえた、としたもの。別件逮捕の違憲に加え、住居侵入とされていたため、家族は弁護人を依頼しておらず、また睡眠薬中毒の禁断症状もあったことを総合して、自白調書の証拠能力を否定し無罪。

【大阪高判平 21.3.3】不当な別件逮捕による強制採尿の証拠能力否定[25450887]

一審：懲役3年（覚せい剤使用）→控訴：無罪（確定）

軽犯刑法違反（浮浪罪）で逮捕し、拘束中に強制採尿で覚せい剤使用が確認されたため覚せい剤使用で逮捕、起訴されたもの。元の軽犯刑法違反が不当逮捕とし、さらに強制採尿を意図しており、別件逮捕でもあるとして証拠能力を否定し、無罪とした。

3. 現行犯逮捕は合憲。緊急逮捕（刑訴法 210 条）は？

- ・ 要件）3年以上の自由刑の罪を疑うに足る充分な理由＋急速を要する＋直ちに逮捕状請求必要
- ・ A説：現行犯逮捕・令状逮捕のどちらでもないから違憲 ← 犯人をみすみす逃がすのか
- ・ B説：一種の現行犯逮捕ゆえ合憲 ← 接着性が足りない
- ・ C説：一種の令状逮捕ゆえ合憲 ← 令状が逮捕の後だから順番が逆
- ・ D説：憲法全体の趣旨から許容され合憲（通説） ← そんな漠然と許容していいのか

【最大判昭 30.12.14】判例（緊急逮捕・接見交通権）[27760541]

森林法違反・公務執行妨害・傷害：一審：懲役10月→控訴棄却→上告棄却

他人所有の棕櫚皮を窃取した被告人が、巡査に緊急逮捕されそうになったため抵抗して怪我をさせたもの。

「かような厳格な制約の下に、罪状の重い一定の犯罪のみについて、緊急已むを得ない場合に限り、逮捕後直ちに裁判官の審査を受けて逮捕状の発行を求めることを条件とし、被疑者の逮捕を認めることは、憲法三三条規定の趣旨に反するものではない」

（斎藤補足）準現行犯逮捕・緊急逮捕は「現行犯として逮捕される場合」に含まれる

（小谷・池田補足）緊急逮捕は現行犯逮捕に準じるが、謙抑の態度から令状も要求するから違憲の理由はない

第3款 不当な抑留・拘禁からの自由（34条）

1. 34条：何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与えられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない
 - ・抑留：一般的な身体拘束（逮捕・勾引に伴う留置）
 - ・拘禁：比較的継続的な身体拘束（勾留・鑑定留置） ← こちらは理由の開示が請求できる
2. 一審無罪判決後の再勾留は慎重な判断の下で許容される

【最決平 12.6.27】東電女子社員殺人事件（勾留裁判異議申立特別抗告審）[28051453]

勾留の裁判に対する異議申立事件：異議審（東京高裁）棄却→特別抗告：棄却

一審無罪なのに控訴後、東京高裁が被告人を勾留したため、異議を申し立てたもの。被告人は不法滞在で、交流が認められないと強制退去となるところであった。なお、のち再審が認められ、一審の再審許可に伴い、勾留停止となり、再審確定前に強制退去となった。

「第一審裁判所が犯罪の証明がないことを理由として無罪の判決を言い渡した場合であっても、控訴審裁判所は、記録等の調査により、右無罪判決の理由の検討を経た上でもなお罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認めるときは、勾留の理由があり、かつ、控訴審における適正、迅速な審理のためにも勾留の必要性があると認める限り、その審理の段階を問わず、被告人を勾留することができ、所論のいうように新たな証拠の取調べを待たなければならないものではない。また、裁判所は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制の手續が執られていることを考慮することができる」

（遠藤反対）強制退去を止められない法の不備の責任を被告人転嫁するのは許されず、拘留は正当でない。

（藤井反対）法の不備だけで拘留を正当化することはできない。

【最決平 19.12.13】覚せい剤取締法違反等（勾留裁判異議申立特別抗告審）[28145006]

上と同様、一審無罪で強制退去になる外国人が被告人の事案（覚せい剤取締法違反・関税法違反）。

「刑訴法345条は、無罪等の一定の裁判の告知があったときには勾留状が失効する旨規定しており、特に、無罪判決があったときには、本来、無罪推定を受けるべき被告人に対し、未確定とはいえ、無罪の判断が示されたという事実を尊重し、それ以上の被告人の拘束を許さないこととしたものと解されるから、被告人が無罪判決を受けた場合においては、同法60条1項にいう「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無の判断は、無罪判決の存在を十分に踏まえて慎重になされなければならないと解するものが相当」とし、検討の上勾留は相当とした。

（田原補足）再勾留は本人尋問が必要な場合などに限られる。

（近藤補足）強制退去処分になるという事情は考慮してはならない。

3. 接見交通権への検察官の一般的指定は合憲だが、運用によっては違法

【最大判平 11.3.24】判例（接見交通権）[28040615]

国・県へ200/100万円請求：一審：国の50/20万円支払命令→双方控訴：請求棄却→

恐喝未遂事件の弁護人が、接見交通権を検察官の一般的指定で妨害されたとした国賠請求。

憲法34条前段は「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべき」

「被疑者の取調べ等の捜査の必要と接見交通権の行使との調整を図る必要があるところ、（一）刑訴法三九条三項本文の予定している接見等の制限は、弁護人等からされた接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく、単に接見等の日時を弁護人等の申出とは別の日時とするか、接見等の時間を申出より短縮させることができ

るものにすぎず、同項が接見交通権を制約する程度は低いというべきである。また、前記のとおり、(二) 捜査機関において接見等の指定ができるのは、弁護人等から接見等の申出を受けた時に現に捜査機関において被疑者を取調べ中である場合などのように、接見等を認めると取調べの中断等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ、しかも、(三) 右要件を具備する場合には、捜査機関は、弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し、被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置を採らなければならない」これらの点から、接見交通権への制限は違憲ではない。

【最判平 12.6.13】逮捕直後の初回接見の制限は違法

【最判平 17.4.19】接見設備がないとして接見を拒絶したのは違法

【最決平 19.4.13】勾留中の被疑者に証拠ビデオを見せるのを拒んだのは違憲

第4款 住居の不可侵（35条）

1. 1項：何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない
 - ・ 2項：搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ
 - ・ 住居：個人のプライベートな場所を広く含む（客室、事務所、トランクなど）
2. 令状には正当な理由・搜索の場所・押収物が具体的に記載される必要がある
 - ・ 具体性を欠き、広汎な操作を認める一般令状は違憲
 - 【最決平 19.2.8】 搜索中に届いた荷物は搜索してよい
 - 【最決平 15.5.26】 ホテル客室で被疑者を制圧して行った覚せい剤押収は適法
3. 搜索に至らない程度の所持品検査は合憲
 - ・ 一斉検問に伴う所持品検査で合憲としたもの（一部は控訴審までで違法とされた）

【最判昭 53.6.20】 米子銀行強盗事件[27682160]

爆発物取締罰則・殺人未遂・強盗：一審懲役 17 年→双方控訴：棄却→上告棄却

赤軍派メンバーが手製爆弾を製造し、未必的殺意で機動隊に投げつけて機動隊員 36 名を負傷させ（明治公園爆弾事件）、松江相互銀行米子支店に強盗したもの（米子銀行強盗事件）。強盗後に、職務質問や任意捜査にとどまるうちの所持品検査が違憲と主張された。

「所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある。・所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるもの」「重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった・・両名が・・濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあつたのに、警察官の職務質問に対し黙秘したうえ再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確める緊急の必要上されたものであつて、所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバツグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容される」
なお、アタッシュケースをこじあげたのは警職法違反とされたが、中身の帯封は証拠能力が認められた。

4. その他の捜査手段

【最決昭 55.10.23】 判例（強制採尿合憲） [27682297]

監禁罪で保護観察中の覚せい剤譲渡・自己使用：一審：懲役 1 年 2 月→控訴棄却→上告棄却

覚せい剤譲渡で逮捕されてから、尿の任意提出を再三拒んだため、身体検査令状・鑑定処分許可状に基づき、自然排尿の機会を与えないから数人で体を押さえてカテーテルを挿入し、尿を採取したもの。

控訴審は強制採尿は違憲としつつ、その結果に証拠能力を認めた。

「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいへ、医師

等これに習熟した技能者によつて適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあつても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合に、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべき」実施には捜索差押令状が必要で、「令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠である」本件は一部手続を欠くが、当時の実務に従っており、実質的にも問題はなかったから合憲。

【最決平 17.7.19】 救急患者の治療目的の採尿した尿を差し押さえたのは合憲[28105290]

簡易検査でアンフェタミン反応があったため、医師が被告人の親に断つたうえで通報し、差し押さえられたもの。

【最決平 20.4.15】 公道上・パチンコ店内での被疑者のビデオ撮影は適法[28145280]

【最判昭 61.2.14】 判例（固定式自動車速度監視装置による写真撮影[27803409]

一審：懲役 2+3 月→控訴棄却→上告棄却

時速 63km 超過 (123km/制限 60km) その 1 時間後の 74km 超過 (134km/制限 60km)、半年後の 71km 超過 (121km/制限 50km)。同日のものはまとめて一個とされた。

「速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいつて緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法一三条に違反せず・・右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになつても、憲法一三条、二一条に違反しない」

【最決平 21.9.28】 承諾・令状なき X 線検査は違法[25441230]

覚せい剤の取引が疑われる荷物を、宅配便業者の承諾を得て X 線検査したもの (国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律違反、覚せい剤取締法違反)

「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつて、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであつて、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」ただし、配達された後、他の証拠と併せて発行された捜索差押許可状による覚せい剤の証拠能力は失われないため、上告棄却

第5款 被告人の権利 (37,32条)

1. 刑事事件における裁判を受ける権利

- ・ 37条1項：すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する
- ・ 32条：何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない
- ・ 慎重・公正な当事者主義的・弾劾主義的刑事裁判を受ける権利

【最大判昭 23.5.26】判例（公平な裁判所）[27760020]

窃盗事件で、刑が重いのを37条1項違反として上告したもの。

「公平な裁判所の裁判」とは偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもつた裁判所による裁判を意味するものであつて、個々の事件につきその内容実質が具体的に公正妥当なる裁判を指すのではない。従つて所論のように同規定を以て刑の言渡が甚だしく苛酷であるとか事実の認定が間違つている場合にこれを憲法上新に上告理由となすことができるとした趣旨の規定であると解することはできない]

- ・ 「迅速」をあまりに失すると免訴になる

【最大判昭 47.12.20】高田事件[27760987]

旧朝連が大韓民国居留民団愛知県本部元団長宅とその近くの瑞穂警察署高田巡查派出所を襲撃し破壊した(高田事件、住居侵入・暴力行為等処罰法違反・爆発物取締罰則違反・放火・傷害)、北警察署大杉巡查派出所を襲撃し(大杉事件、爆発物取締罰則・放火予備)、在日大韓民国居留民団愛知県本部を襲撃し(民団事件、暴力行為等処罰法違反、爆発物取締罰則違反・放火未遂)、米駐留軍宿舎を襲撃し(米軍宿舎事件、爆発物取締罰則・放火予備)、無許可デモをしたもの(PX事件、愛知県・名古屋市条例違反、邸宅侵入、暴力行為等処罰法違反)。起訴後、合理的理由もなく15年余にわたって公判審理が進行せず放置されたもの。併合審理の請求があった大須事件が昭44によつて結審したが、ずっと検察側・弁護側とも放置していた。

一審：1名の一部棄却、残免訴→検察控訴：破棄差戻し→上告：破棄自判(控訴棄却)

37条1項は「単に迅速な裁判を一般的に保障するために必要な立法上および司法行政上の措置をとるべきことを要請するにとどまらず、さらに個々の刑事事件について、現実に右の保障に明らかに反し、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判を受ける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対処すべき具体的規定がなくとも、もはや当該被告人に対する手続の続行を許さず、その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨の規定であると解する」防御権の行使に障害を生じ、ひいては刑事司法の刑罰法令の適正迅速な適用実現という目的を達せないから。

(天野反対) 免訴すべき極限状況なのかの検討が不十分だから、破棄して一審に差し戻すべき。

- ・ 略式手続は正式裁判請求権がある限り合憲

【最大決昭 23.7.29】略式命令は合憲[27760051]

正式裁判請求権回復の請求並に正式裁判の申立棄却決定に対する抗告棄却の決定に対する再抗告事件

「略式命令の請求は前述のごとく裁判所を拘束するものではなく、又その命令は被告人の迅速な公開裁判を求める権利を何等阻止するものでもないから、毫も憲法に違反するものではない」]

【最判平 21.7.14】即決裁判手続の控訴制限[25440945]

一審：懲役1年猶予3年→控訴棄却→上告棄却

陸上自衛隊補給科長がパソコンを横領したもの(業務上横領)。

「審級制度については、憲法81条に規定するところを除いては、憲法はこれを法律の定めるところにゆだねており、事件の類型によって一般の事件と異なる上訴制限を定めても、それが合理的な理由に基づくものであれば憲法32条に違反するものではない」[即決裁判手続について見るに、同手続は、争いがなく明白かつ軽微であ

ると認められた事件について、簡略な手続によって証拠調べを行い、原則として即日判決を言い渡すものとするなど、簡易かつ迅速に公判の審理及び裁判を行うことにより、手続の合理化、効率化を図るものである。」「即決裁判手続の制度を実効あらしめるため、被告人に対する手続保障と科刑の制限を前提に、同手続による判決において示された罪となるべき事実の誤認を理由とする控訴の申立てを制限しているものと解されるから、同規定については、相応の合理的な理由があるというべきである」「前記のような被告人に対する手続保障の内容に照らすと、即決裁判手続の制度自体が所論のような自白を誘発するものとはいえない」

(田原補足) 弁護人と被告人の意思疎通が十分なら上訴はなかったはず。弁護活動に公判手続は立ち入らない。

2. 弁護人依頼権

- ・ 3 項：刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する
- ・ 法律に詳しくない刑事被告人が対等に争えるようにするため

【最大判昭 24.11.30】 弁護人を選任できる旨伝えれば足りる

【最大判昭 25.2.1】 必要的弁護事件の範囲は刑訴法で定めれば足りる[27760167]

「如何なる被告事件を所謂必要的弁護事件となすべきかは専ら刑訴法によつて決すべきものであつて所論のように憲法第一条、同第三七条第三項によつて定まるものではない」（旧刑訴法下の窃盗、上告棄却）

【最大判昭 28.4.1】 憲法上国選弁護人選任権を通知する義務はない[27760387]

恐喝未遂・恐喝。一審判決後、みずから控訴趣意書を提出し、さらに控訴趣意書提出最終日の 2 日前に国選弁護人を請求し、弁護人が控訴趣意書を提出しないまま公判期日に出頭し、本人の主意書に基づき弁論をしたもの。

「憲法三七条三項前段所定の弁護人を依頼する権利は被告人が自ら行使すべきもので、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければ足るものであること、同条項後段の規定は被告人が貧困その他の事由で弁護人を依頼できないときは国に対して弁護人の選任を請求できるのであり、国はこれに対して弁護人を附すれば足るものであること及び同条項は被告人に対し弁護人の選任を請求し得る旨を告知すべき義務を裁判所に負わせているものでない」

(小谷補足) 本件は違憲であるが、事案は簡単で破棄する必要はない。

(谷村補足) 必要的弁護事件では告知・照会し、控訴趣意書が作れるように選任する義務があるが、破棄は不要。

(小林補足) 弁護人選任照会が必要であるが、違憲ではなく刑訴法違反。事案は簡単で破棄の必要なし。

(真野反対) 必要的弁護事件の弁護人は刑訴法の問題だが、提出日を変更すべきで違法。破棄すべし。

3. 証拠能力

- ・ 2 項：刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を十分に与へられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する
- ・ 被疑者特定事項を公判法廷で明らかにしないこと（刑訴法 290/2、強姦等の被害者）

【最決平 20.3.5】 殺人・銃刀法違反（被害者等から秘匿の申出があったもの）[28145307]

「本件につき、被害者特定事項を公開の法廷で明らかにしない旨の決定をすることが、憲法 37 条 1 項の定める公開裁判を受ける権利を侵害し、ひいては、憲法 32 条の裁判を受ける権利そのものを空洞化するおそれがあると主張するが、同決定が、裁判を非公開で行う旨のものではないことは明らかであって、公開裁判を受ける権利を侵害するものとはいえないから、所論は前提を欠く」として、「被害者特定事項を公開の法廷で明らかにしない」旨の決定をした。

- ・ 証人を被告人から遮蔽すること（刑訴法 157/3 遮蔽,157/4 ビデオリンク方式）

【最判平 17.4.14】 傷害・強姦（ビデオリンク方式）[28105150]

「遮へい措置が採られた場合、被告人は、証人の姿を見ることはできないけれども、供述を聞くことはでき、自

ら尋問することもでき、さらに、この措置は、弁護人が出頭している場合に限り採ることができるのであって、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、前記のとおり制度の趣旨にかんがみ、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。ビデオリンク方式によることとされた場合には、被告人は、映像と音声の送受信を通じてであれ、証人の姿を見ながら供述を聞き、自ら尋問することができるのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。さらには、ビデオリンク方式によった上で被告人から証人の状態を認識できなくする遮へい措置が採られても、映像と音声の送受信を通じてであれ、被告人は、証人の供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、やはり被告人の証人審問権は侵害されていないというべきことは同様である」

- ・ 各種書面の証拠能力は肯定しても違憲ではない：特に検察官面前調書は違憲論も強い

【最大判昭 23.7.19】判例（検察官面前調書の証拠能力）[27760043]

「今直ちに憲法第三七条を根拠として、論旨のごとく第三者の供述を証拠とするにはその者を公判において証人として訊問すべきものであり、公判廷外における聴取書又は供述に代る書面をもつて証人に代えることは絶対に許されないと断定し去るは、早計に過ぎるものであつて到底賛同することができない」（食管法違反再上告審）

【最大判昭 25.3.15】弁護人が在廷すれば被告人不在の証人尋問は可能[27760172]

強姦致傷窃盗で被害者の証人尋問で被告人を退廷させ、尋問後出廷させて反対尋問を促したもの。上告趣意書によると、強姦被害者は結局被告人と結婚しており、工場長らが訴えさせたと主張。控訴審の懲役2年を支持。

「裁判所は証人訊問中被告人を退廷させたけれども、訊問終了後被告人に証言の要旨を告げて、証人訊問を促したのであり（それにも拘らず、被告人自ら訊問しなかつたのである）、且つ弁護人は終始訊問に立会い、自ら補充訊問もしたのであるから、これを以て、憲法三七条第二項に反して、被告人が証人に対して審問する機会を充分に与えなかつたものということとはできない」

「強姦行為には必然的に処女膜の裂傷を伴うものではないから、処女を強姦しよつて処女膜の裂傷を生ぜしめたときに、これを強姦致傷罪とすることは正当である」

【最大判平 7.2.22】ロッキード事件丸紅ルート[27826571]

受託収賄、外国為替及び外国貿易管理法違反、贈賄、議院における証人の宣誓及び証言等に関する法律違反
一審：田中角栄懲役4年・5億円追徴、榎本敏夫（田中秘書）懲役1年猶予3年、檜山広（丸紅社長）懲役2年6月、伊藤宏（丸紅社長室長）懲役2年、大久保利春（丸紅航空機担当）懲役2年猶予4年→控訴：伊藤宏懲役2年猶予4年、他棄却→上告棄却

アメリカ在住者への証人尋問をアメリカの連邦地裁に依頼したが、「検事総長が改めてコーチャンらに対しては将来にわたり公訴を提起しないことを確約する旨の宣明をし、最高裁判所は検事総長の右確約が将来にわたり我が国の検察官によって遵守される旨の宣明をし」たために作成された嘱託尋問調書の有効性が争われた。

憲法上刑事免責付与は否定されていないが、「我が国の刑事法は、刑事免責の制度を採用しておらず、刑事免責を付与して獲得された供述を事実認定の証拠とすることを許容していないものと解すべきである以上、本件嘱託証人尋問調書については、その証拠能力を否定すべき」としたが、その他の証拠で事実は認められるとした。

【最決平 15.11.26】ソウル地方法院での共犯者の自白は証拠能力がある

【東京高決平 21.12.1】強制退去処分になった者の調書は原則有効[25463685]

マレーシアからの運び屋が事前にマレーシア警察に情報提供して刑事免責され、成田空港に降り立ち、受け取るうとした被告人が連絡を受けた日本の警察に捕まったもの。事前に証人尋問があったが弁護士の反対尋問は許されず、釈放された運び屋は弁護人の知らないうちに退去強制となった。

「退去強制によって出国した者の検察官に対する供述調書について、検察官において供述者がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合、その供述調書を刑法321条1項2号前段書面として証拠請求することが手続的正義の観

点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともある」としつつ、検察官に利用の意図がないとして証拠能力を認めた。

- ・ 公費・強制による自己に有利な証人を求める権利は、必要適切な証人を喚問すれば足りる

【最大判昭 23.7.29】 暴力行為等処罰法違反[27760047]

「被告人又は弁護人からした証人申請に基きすべての証人を喚問し不必要と思われる証人までをも悉く訊問しなければならぬという訳のものではなく、裁判所は当該事件の裁判をなすに必要適切な証人を喚問すればそれでよいもの」「いかなる証人が当該事件の裁判に必要適切であるか否か、従つて証人申請の採否は、各具体的事件の性格、環境、属性、その他諸般の事情を深く斟酌して、当該裁判所が決定すべき」

(斎藤補足) 不当・不必要でもすべて喚問しなければならないとすると、権利濫用にあたる。

(沢田意見) あくまで裁判所の自由裁量の問題である

第6款 黙秘権と自白法則（38条）

1. 黙秘権

- ・ 1項：何人も、自己に不利益な供述を強要されない
- ・ 憲法は自己負罪拒否特権（供述しないことを理由に量刑など法律上の不利益を課されないこと）
→ 刑訴法により証言拒否権（146条）、黙秘権（311条）に発展
- ・ ポリグラフ・テストや麻酔分析などは違憲の疑い

【最大判昭 32.2.20】判例（氏名の黙秘）[27610894]

私鉄のレッドパーシ反対のため応援に集まり、新聞記者や警察官に暴行したもの（威力業務妨害・公務執行妨害・傷害）。「その氏名を黙秘し、監房番号の自署、拇印等により自己を表示し弁護人が署名押印した弁護人選任届」を無効として却下したのを違憲と主張。国選弁護人が付されたため、氏名を開示して私選弁護人を付した。

実際には私選弁護人の立会でほぼすべての弁論が行われ、特別抗告も取下げられているから「その弁護権の行使を妨げられたとは認められない」し、38条1項の「法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したもの・・氏名のごときは、原則としてここにいわゆる不利益な事項に該当するものではない」また本件では私選弁護人を付すために開示したのであって、「その開示が強要されたものであることを認むべき証跡は記録上存在しない」とした。レッドパーシの憲法判断は不要とした。

【最判平 16.4.13】広尾病院事件（医師法 21 条の届出義務）[28095175]

死体を検案して異状を認めた医師の届出義務（医師法 21 条）は自分が業過致死等に問われるおそれがある場合もあるとすると憲法 38 条 1 項違反であると主張して上告（医師法違反、虚偽有印公文書作成、同行使）

「本件届出義務は、医師が、死体を検案して死因等に異状があると認めるときは、そのことを警察署に届け出るものであって、これにより、届出人と死体とのかわり等、犯罪行為を構成する事項の供述までも強制されるものではない。また、医師免許は、人の生命を直接左右する診療行為を行う資格を付与するとともに、それに伴う社会的責務を課するものである。このような本件届出義務の性質、内容・程度及び医師という資格の特質と、本件届出義務に関する前記のような公益上の高度の必要性に照らすと、医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容されるものというべきである」

2. 違法・不当な手段による自白の証拠能力の否定

- ・ 2項：強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない

【最大判昭 23.6.23】強盗・住居侵入[24000196]

38条2項の「趣旨は、単に自白の時期が不当に長い抑留又は拘禁の後に行われた一切の場合を包含するというように形式的、機械的に解すべきものではなくして、自白と不当に長い抑留又は拘禁との間の因果関係を考慮に加えて妥当な解釈を下すべき」「自白と不当に長い抑留又は拘禁との間に因果関係の存しないことが明かに認め得られる前記場合においては、かかる自白を証拠とすることができる」

勾留が長くない一審でも同じ自白をしているから因果関係が存しない、とした。

【最大判昭 45.11.25】偽計による心理的強制後の自白（「切り違え尋問」事件）[27760926]

一審：懲役 6 月→控訴：棄却→上告：破棄差戻し→差戻控訴：無罪

自宅に拳銃と銃弾を所持したもの（銃刀法違反・火薬類取締法違反）夫妻ともが妻の一存と供述していたが、夫に対して妻が共謀したと自供したと言って夫に共謀を自供させ、次いで妻にそれを伝えて共謀を自供させ、さらに夫にそれを伝えて共謀を確認したものの。夫の裁判の上告審。

「捜査手続といえども、憲法の保障下にある刑事手続の一環である以上、刑訴法一条所定の精神に則り、公共の

福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ適正に行なわれるべきものであることにかんがみれば、捜査官が被疑者を取り調べるにあたり偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れ自白を獲得するような尋問方法を厳に避けるべきであることはいうまでもないところであるが、もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない」として証拠能力を否定。

3. 自白のみによる有罪の禁止

- ・ 3 項：何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない

【最大判昭 23.7.29】判例（公判廷の自白）[27760045]

食糧管理法違反の再上告事件。

「公判廷における被告人の自白は、身体の拘束をうけず、又強制、拷問、脅迫その他不当な干渉を受けることなく、自由の状態において供述されるものである。しかも、憲法第三十八条第一項によれば、「何人も自己に不利益な供述を強要されない」ことになつている。それ故、公判廷において被告人は、自己の真意に反してまで軽々しく自白し、真実にあらずる自己に不利益な供述をするようなことはないとするのが相当」「公判廷における被告人の自白が、裁判所の自由心証によつて真実に合するものと認められる場合には、公判廷外における被告人の自白とは異り、更に他の補強証拠を要せずして犯罪事実の認定ができると解するのが相当である。すなわち、前記法条のいわゆる「本人の自白」には、公判廷における被告人の自白を含まないと解釈するを相当」

（斎藤補足）公判廷の自白を除くのは形式論にすぎず。

（塚崎反対）誘導尋問の可能性や故意に他人の犯罪を引き受ける場合もあるから公判廷の自白にも適用すべき。

（沢田反対）公判廷の自白であっても、やはり自白強要の弊害を醸成する。

（井上反対）公判廷でも虚偽の自白はありうるし、公判廷の自白を除外する明文はない。

（栗山反対）公判廷の自白を除く明文がないし、証拠価値の点からも許されない。

（小谷反対）自由心証主義でいえば、公判廷外の自白だって同じじゃないか。

【最大判昭 33.5.28】判例（共犯者らの自白）[27760617]

労組の組合員検挙に憤激し、工場次長や警察官に暴行したものの。傷害致死・暴行・暴力行為等処罰法・窃盗

「被告人本人の自白の証拠能力を否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえつて、証拠能力ある被告人本人の供述であつて、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従つて、わが刑訴三一八条（旧刑訴三三七条）で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであつて、共犯者の自白をいわゆる「本人の自白」と同一視し又はこれに準ずるものとするとはできない」「被告人本人の自白の証拠能力を否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえつて、証拠能力ある被告人本人の供述であつて、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従つて、わが刑訴三一八条（旧刑訴三三七条）で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであつて、共犯者の自白をいわゆる「本人の自白」と同一視し又はこれに準ずるものとするとはできない」

第7款 一事不再理（39条後段）

1. 39条後段：又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない

- ・一事不再理（大陸法）：一度裁判で決着した事件を蒸し返してはならない：検察上訴は可能
- ・二重の危険（英米法）：何人も2度にわたり苦しめられてはならない：検察上訴は不可能
- ・判例は事実上一事不再理（確定するまでを一事件と考える二重の危険説）

【最大判昭 25.9.27】判例（一時不再理）[27760237]

昭和22年勅令第1号・衆議院議員選挙法違反

「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基くことは言うをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一番の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険ないし二度危険というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ」

（長谷川補足）アメリカ憲法の二重の危険をそのまま採用してはいない。

（沢田、斎藤補足）一事不再理であり、憲法上は再審で刑を加重してもよい（無罪を有罪にはできない）。

（藤田意見）確定前は憲法39条の対象外。

（栗山意見）一事不再理というより二重起訴の禁止というべき。

- ・不起訴後の起訴は違憲ではない

【最判昭 32.5.24】判例（再度の起訴）[27760583]

「検察官が一旦不起訴にした犯罪を後日になつて起訴しても39条に違反するものでない」（詐欺事件）

- ・再犯加重は合憲だが、実質的に余罪を処罰するため量刑に参酌するのは違憲（31,38条）。

【最大判昭 24.12.21】判例（再犯加重）[27760163]

「刑法第五六条第五七条の再犯加重の規定は第五六条所定の再犯者であるという事由に基いて、新に犯した罪に対する法定刑を加重し、重い刑罰を科し得べきことを是認したに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科する趣旨のものではないから所論憲法第三条の規定に反するものではない」（強盗詐欺）

【最大判昭 42.7.5】判例（余罪と量刑）[27760824]

郵便局員による郵便物からの窃盗：一番：懲役1年2月→控訴：懲役10月→上告棄却

「刑事裁判において、起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することが、不告不理の原則に反し、憲法三一条に違反するのみならず、自白に補強証拠を必要とする憲法三八条三項の制約を免れることとなるおそれがあつて、許されない」「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところでない」として、余罪がある事実を「事件の性質上量刑にあつて、この事実を考慮に入れない訳にはいかない」とした一番は違法だが、控訴審は量刑に参酌していないから、破棄する必要はないとした。

第8款 刑事補償請求権（40条）

1. 40条：何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる
 - ・ 犯罪を疑うべき合理的根拠があれば、故意・過失が否定され国家賠償請求が認められないため。
 - ・ 無罪→刑事補償法1条、免訴・公訴棄却→同25条、不起訴→被疑者補償規定（法務省訓令）

【最大決昭 31.12.24】判例（不起訴と刑事補償）[27760571]

刑事補償請求：一審：請求棄却→抗告：棄却→特別抗告：破棄差戻し

覚せい剤取締法違反で一部無罪、一部有罪となった被告人による刑事補償請求だが、起訴となった覚せい剤取締法違反では逮捕・勾留しておらず、起訴後に同罪で逮捕・勾留したことがあったが、その件は不起訴となっていたもの。請求側はその勾留中に、一部無罪となった覚せい剤譲渡の取り調べをされた、と主張

「抑留または拘禁された被疑事実が不起訴となつた場合は同条の補償の問題を生じないことは明らかである」
「憲法四〇条にいう「抑留又は拘禁」中には、無罪となつた公訴事実に基づく抑留または拘禁はもとより、たとえ不起訴となつた事実に基づく抑留または拘禁であつても、そのうちに実質上は、無罪となつた事実についての抑留または拘禁であると認められるものがあるときは、その部分の抑留及び拘禁もまたこれを包含するもの」刑事補償法「第一条の「未決の抑留又は拘禁」とは、右憲法四〇条の「抑留又は拘禁」と全く同一意義」ゆえ、原審は解釈を誤っていると破棄差戻し。

【最決昭 35.6.23】免訴と刑事補償[S29も1:刑集 14-8-1071]

「憲法四〇条は、何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができると規定し、また、刑事補償法一条が刑事補償を受くべき場合を無罪の裁判を受けた場合に限定したものであることは、同条と同法二五条とを対比することによつて明らか」政令325号違反(占領目的阻害行為処罰令)で起訴後、最高裁が「犯罪後の法令により刑が廃止された場合に当たるとして免訴を言渡した」が「本来の無罪の免訴の裁判をしたものでないことは判文上明白……憲法四〇条、刑事補償法一条による補償の請求はその前提を欠きこれを容認できない。また本件をもつて同法二五条にあたる場合であるとの所論も前記最高裁判所の免訴の裁判理由に照し首肯するを得ず、その他本件において、免訴の裁判をすべき事由がなかつたならば無罪の裁判を受くべきものと認められる充分な事由のあることを認めることはできない。なお、少くとも平和条約発効の日以後の勾留は不当違法な勾留であるから補償しなければならないとの所論については、そのような勾留による補償については、刑事補償法の規定するところではなく、その対象とならない」

【最決平 3.3.29】判例（少年審判と刑事補償）[24006227]

刑事補償・費用保障請求：一審：棄却→抗告：棄却→特別抗告：棄却

業過傷害・道交法違反で拘束されたが、家裁で非行事実なしとして不処分決定があつたもの。

「不処分決定は、刑訴法上の手続とは性質を異にする少年審判の手続における決定である上、右決定を経た事件について、刑事訴追をし、又は家庭裁判所の審判に付することを妨げる効力を有しないから、非行事実が認められないことを理由とするものであつても、刑事補償法一条一項にいう「無罪の裁判」には当たらない」また、不処分決定は「刑訴法一八八条の二第一項にいう「無罪の判決」に当たらない」とも判示。

（坂上補足）立法論では刑事判決は無罪となるだろう場合を対象とすべきだが、不処分決定だけではダメ。

（園部意見）保護事件にも同様の制度があるのが望ましいが、40条は刑事事件が対象で保護事件は対象外。

第9款 非刑事的手続への適用（31,35,38条）

1. 準刑事的手続への準用

- ・ 非訟事件の過料・保釈保証金に31条は適用されうる

【最大決昭 41.12.27】判例（非訟事件の過料と適正手続き）[27001124]

法人登記過怠への過料決定→抗告棄却→特別抗告棄却

「法律上、裁判所がこれを科することになっている場合でも、過料を科する作用は、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科する作用とは異なるのであるから、憲法八二条、三二条の定めるところにより、公開の法廷における対審及び判決によつて行なわれなければならないものではない」

過料を科す手続は「違法・不当に過料に処せられることがないよう十分配慮しているのであるから、非訟事件手続法による過料の裁判は、もとより法律の定める適正な手続による裁判ということができ、それが憲法三一条に違反するものでないことは明らかである」→31条と無関係、とはしなかった

（田中・岩田補足）非訟事件では裁判の公正を保障するための合理的手続があれば公開・対審でなくてよい

（入江反対）過料を科すのは非訟事件だが、それへの不服申立ては争訟として扱うべき

【最大決昭 43.6.12】第三者が払った保釈保証金の没収手続きの適正[27760849]

保釈保証金没収決定→抗告棄却→特別抗告：破棄差戻し

保釈金を弁護人が払ったのに、確定後別事件における弁護人の依頼で執行が遅れた間に受刑者が逃亡し、弁護人の協力で見つかったのに保釈金が没収されたもの。

「被告人以外の者が保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券を納付し、または保証書を差し出す・場合の保釈保証金を没収する決定は、その者の国に対する保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券の還付請求権を消滅させ、またはその者に対して保証書に記載された保証金額を国庫に納付することを命ずることを内容とする裁判だといわなければならないから・・その者も没収決定に対し不服の申立（抗告）をすることができる・・これと異なり、このような者は、みずから不服の申立をすることができないとした当裁判所の判例は、これを変更すべきものと認める」また、「所論は、憲法三一条、二九条違反、判例違反を主張するが・・保釈保証金没収決定に対し、事後に不服申立の途が認められれば、予め告知、弁解、防禦の機会が与えられていないからといつて、所論のように原決定が違憲とは認められ」ない、として31条適用の可能性を認める。

- ・ 少年法の規定で過度に広汎・不明確との主張を退けたもの

【最決平 20.9.18】少年法の虞犯少年の定めは過度に広汎・不明確でない[25450041]

一審（家裁）：中等少年院送致→抗告棄却→再抗告棄却

少年院仮退院後も暴れまわったため虞犯少年として中等少年院送致になったもの。

「少年法3条1項3号イの「保護者の正当な監督に服しない性癖のあること」及び二の「自己又は他人の徳性を害する行為をする性癖のあること」が過度に広範であり、不明確であるとして規定違憲をいう点は、これらの規定が所論のように過度に広範であるとも、不明確であるともいえない」ので違憲ではない。

- ・ 捜査の端緒となりうる手続の合憲性

【最決昭 55.9.22】自動車一斉検問は合憲[27682295]

「自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されている」のだから一定の負担は当然で、「警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などを行うことは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法」

【最大判昭 47.11.22】川崎民商事件（35,38条適用だが合憲）[21040750]

所得税法違反：一審：罰金1万円猶予2年→双方控訴：罰金1万円→上告棄却

所得税法に基づく税務署の検査に対して帳簿等の提示を拒んだもの。

「憲法三五条一項の規定は・・・当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定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。しかしながら、(目的が徴税であり刑事訴追ではないこと、間接強制で程度も低いなどの) 諸点を総合して判断すれば、旧所得税法七〇条一〇号、六三条に規定する検査は、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといって、これを憲法三五条の法意に反するものとするとはでき」ない

「憲法三八条一項・・・による保障は、純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶ・・・旧所得税法七〇条一〇号、一二号、六三条の検査、質問の性質が上述のようなものである以上、右各規定そのものが憲法三八条一項にいう「自己に不利益な供述」を強要するものとするとはでき」ない

【最大判昭 30.4.27】国税犯則取締法 3 条（現行犯の捜査）合憲性[21006482]

酒税法違反幫助（無許可酒造）：一審：懲役 3 月→控訴棄却→上告棄却

国税犯則取締法 3 条による現行犯における現場での捜索・差押えが憲法 35 条違反と主張したものの。

「それ故少くとも現行犯の場合に関する限り、法律が司法官憲によらずまた司法官憲の発した令状によらずその犯行の現場において捜索、押収等をなし得べきことを規定したからとて、立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法三五条違反の問題を生ずる余地は存しないのである」

（斎藤、小林補足）35 条は刑事手続きにしか及ばない。行政処分は 13 条後段による。

（入江意見）33,35 条ではなく、12,13,31 条の問題であるが、規定は現住で違憲ではない。

（栗山補足）35 条が適用。現行犯・緊急逮捕せずに捜索だけするのは被告人が逮捕の不利益を免れるから合憲。

（藤田）刑事手続きの性格を持つ行政処分には 35 条が適用される。

【最判昭 59.3.27】国税犯則取締法の質問調査手続へ 38 条 1 項は適用される[21080330]

「憲法三八条一項の規定によるいわゆる供述拒否権の保障は、純然たる刑事手続においてばかりでなく、それ以外の手続においても、対象となる者が自己の刑事上の責任を問われるおそれのある事項について供述を求めることになるもので、実質上刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続にはひとしく及ぶ」「国税犯則取締法上の質問調査の手続は……憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶ」「憲法三八条一項は供述拒否権の告知を義務づけるものではなく……立法政策の問題と解されるところから……告知をしなかったからといって、その質問手続が憲法三八条一項に違反することとなるものでない」

【最大判昭 37.5.2】判例（交通事故の報告義務）[27760728]

一審：禁錮 10 月→被告人控訴棄却→上告棄却

重過失致死・道路交通取締法違反（無免許・飲酒運転での死亡事故で救護・報告しなかったもの）

「警察官が交通事故に対する（被害者救護や交通安全確保の）処理をなすにつき必要な限度においてのみ、右報告義務を負担するのであつて、それ以上、所論の如くに、刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項までも右報告義務ある事項中に含まれるものとは、解せられない。また、いわゆる黙秘権を規定した憲法三八条一項の法意は、何人も自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべき・・・前叙の報告を命ずることは、憲法三八条一項にいう自己に不利益な供述の強要に当たらない」

（奥野補足）犯罪発覚の端緒を与えるが、公共の福祉の要請を考慮すればやむを得ない。

（山田補足）奥野賛同+事故通報は行政経済上当然要求され、これに行政秩序罰程度を課するのはやむを得ない。

【最判昭 29.7.16】判例（麻薬取扱者の記帳義務）[27680574]

麻薬取締法違反（不正に入手した麻薬を病院長・病院薬剤長が使用させ、記帳しなかったもの）

一審：病院長無罪、薬剤長罰金 1 万円→検察控訴：棄却→検察上告：破棄差戻し（不正麻薬の記帳は捜査の端緒になるから、記帳義務を期待できない、として控訴審は病院長を無罪とした）

「麻薬取扱者たることを自ら申請して免許された者は、そのことによつて当然麻薬取締法規による厳重な監査を

受け、その命ずる一切の制限または義務に服することを受諾しているものというべきである。されば、麻薬取扱者として麻薬を処理した以上、たとえその麻薬が取締法規に触れるものであつても、これを記帳せしめられることを避けることはできないのみならず、取締上の要請からいつても、かかる場合記帳の義務がないと解すべき理由は認められない。また麻薬取扱者はかかる場合、別に麻薬処理の点につき取締法規違反により処罰されるからといって、その記帳義務違反の罪の成立を認める妨げとなるものではないことはいうまでもない]

2. 一般行政手続への準用

- ・ A説：31条は刑事手続きの定めだが、行政手続等にも準用される（通説）
- ・ B説：31条は刑事手続きだけでなく、広く適正手続き一般を保障する（少数）
- ・ C説：13条が一般的な手続の適性を保障し、31条は刑事手続きの特則（有力）
- ・ 憲22条に言及しつつ、「主張と証拠提出の機会」を保障すべきとしたもの

【最判昭46.10.28】個人タクシー事件[27000609]

個人タクシー免許申請却下処分取消請求：一審：請求認容→被告控訴：棄却→被告上告：棄却

「同法による個人タクシー事業の免許の許否は個人の職業選択の自由にかかわりを有するものであり、このことと同法六条および前記一二二条の二の規定等とを併せ考えれば、行政庁としては、事実の認定につき行政庁の独断を疑うことが客観的にもつとも認められるような不公正な手続をとつてはならない」「その趣旨を具体化した審査基準を設定し、これを公正かつ合理的に適用すべく、とくに、右基準の内容が微妙、高度の認定を要するようなものである等の場合には、右基準を適用するうえで必要とされる事項について、申請人に対し、その主張と証拠の提出の機会を与えなければならない。免許の申請人はこのような公正な手続によつて免許の許否につき判定を受くべき法的利益を有するものと解すべく、これに反する審査手続によつて免許の申請の却下処分がされたときは、右利益を侵害するものとして、右処分の違法事由となるものというべきである」

【最判昭50.5.29】群馬バス事件[27000372]

バス免許申請却下取消請求：一審：請求認容→控訴：請求棄却→上告棄却

「一般乗合旅客自動車運送事業の免許の許否は、国民の基本的人権である職業選択の自由にかかわりをもつものであるから、法は、道路運送法六条において免許基準を法定するとともに、他方、右免許の許否の決定の適正と公正を保障するために制度上及び手続上特別の規定を設け、全体として適正な過程により右の決定をなすべきことを法的に義務づけていることは、前述のとおりである。そうすると、憲法三一条が行政手続にも適用ないし準用されるかどうかは、特にこれを論ずる必要はないところ」とし、公聴会が適正に行われ、違法でないとした。

- ・ 憲31条が適用されると明言したもの

【最大判平4.7.1民集46-5-437】成田新法事件[S61行ツ11]

成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求：一審：一部却下、残棄却→控訴：追加却下、残棄却→上告：追加却下、残棄却（追加却下は訴えの利益の消滅によるもの）

「憲法三一条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同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」が「一般に、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではない」本件ではこれらに加え「高度かつ緊急の必要性を有するものであることなどを総合較量すれば、右命令をするに当たり、その相手方に対し事前に告知、弁解、防御の機会を与える旨の規定がなくとも、本法三一条一項が憲法三一条の法意に反するものということとはできない」

（園部意見）不利益処分については原則として31条を適用すべき

(可部意見) 31 条は行政手続きにも適用され、事前手続きを要しないのは本件のような限られた例外に限る。

第7章 国務請求権と参政権

第1節 国務請求権

第1款 請願権（16条）

1. 16条：何人も、損害の救済、公務員の罷免、法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正その他の事項に関し、平穩に請願する権利を有し、何人も、かかる請願をしたためにいかなる差別待遇も受けない
 - ・ 国務請求権としての性格と参政権としての性格を併せ持つ
 - ・ 請願法や国会法 79 条、地方自治法 124 条などで具体化。
 - ・ 受理し誠実に処しななければならない（請願法 5 条）が、請願の内容を受け入れる義務はない

【東京地判平 1.9.27】反戦自衛官懲戒免職事件[27805175]

昭 47.4.27 に沖縄返還に伴う自衛隊沖縄派兵・立川移駐中止を求めて制服着用の上、報道関係者を同道して防衛庁正門に赴き、要求書を読み上げて警備係長に渡したものを。5.4 付で懲戒免職になった。昭 49 提訴

「要求書及び声明の内容自体が自衛隊に対する誹謗中傷や自衛隊の組織及び自衛官の職務と相容れない要求を含むもので、全体として真面目に政策の変更や新たな施策の実施を求めるものとはいえない上に、原告らは、予め報道関係者を集めて記者会見を行い、これらを同道して防衛庁に赴き、長官への面会を求めながら担当職員からの身分証明書の提示要求にも率直には応ぜず、報道関係者を含む不特定多数の者を前にして、制服を着用して一列横隊に並び、官職及び氏名を表示した要求書を読み上げた後、右要求書と声明を防衛庁職員に手交する行為に及んだもので、自衛官の制服及び官職を利用した対外的な宣伝行為ないし演出というほかはないから、右行為を請願権の行使と見ることはできない」高裁（東京高判平 5.9.6）、最高裁（最決平 7.7.6）も支持。

第2款 裁判を受ける権利（32条）

1. 32条：何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない

- ・憲法上正当な権限を持つ裁判所における裁判を受ける権利

※管轄違いなどは刑訴法・裁判所法に違法ではあっても、違憲ではない、とする

【最大判昭 24.3.23】判例（32条の法意）[27760106]

町村長選挙罰則違反で、京都地裁福知山支部→京都地裁→大阪高裁と管轄違いのまま裁判をしても違憲でない。

「趣旨は凡て国民は憲法又は法律に定められた裁判所においてのみ裁判を受ける権利を有し、裁判所以外の機関によつて裁判をされることはないことを保障したものであつて、訴訟法で定める管轄権を有する具体的裁判所において裁判を受ける権利を保障したのではない」

（長谷川反対）二審を大阪高裁で受けられなかったのは違憲ゆえ破棄差戻し

（沢田反対）（栗山反対）いずれも同旨

- ・民事・行政裁判とも適用されるが、刑事裁判は37条1項があるため、対象外との説もある

2. 公開裁判を受ける権利

- ・有力：82条1項（裁判の公開）と32条があいまって、公開裁判を受ける権利を保障している
- ・非訟事件の非公開は合憲（別に裁判ができる8-7権利義務でも公開すべきでない場合がある）

【最大決昭 40.6.30】判例（家事審判の非公開）[27001291]

夫婦同居審判申立事件（妻→夫）：一審：認容→夫抗告：棄却→夫特別抗告：棄却

妻は激情で協調性に欠け、夫は難聴で短気なところ、夫・姑と不仲になった妻が実家に帰り、のち反省して帰りたい旨伝えたが、夫が拒絶し逆に離婚を申し入れてきたもの。

「法律上の実体的権利義務自体につき争いがあり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべきものと解する。けだし、法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用であり、かかる争訟を非訟事件手続または審判事件手続により、決定の形式を以て裁判することは、前記憲法の規定を回避することになり、立法を以てしても許されざるところである」「前記同居義務等は多分に倫理的、道義的な要素を含むとはいえ、法律上の実体的権利義務であることは否定できないところであるから、かかる権利義務自体を最終的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によつて為すべき」

「審判は夫婦同居の義務等の実体的権利義務自体を確定する趣旨のものではなく、これら実体的権利義務の存することを前提として、例えば夫婦の同居についていえば、その同居の時期、場所、態様等について具体的内容を定める処分であり、また必要に応じてこれに基づき給付を命ずる処分である・・かかる裁判こそは、本質的に非訟事件の裁判であつて、公開の法廷における対審及び判決によつて為すことを要しない」「審判確定後は、審判の形成的効力については争いえないところであるが、その前提たる同居義務等自体については公開の法廷における対審及び判決を求める途が閉ざされているわけではない。従つて、同法の審判に関する規定は何ら憲法八二条、三二条に抵触するものとはいひ難く、また、これに従つて為した原決定にも違憲の廉はない」

（横田喜、入江、奥野補足）実体的権利義務の存否はあくまで訴訟手続によるべし

（山田意見）権利義務であっても、公開が権利の擁護のためにならぬ場合は公開に固執する必要はない

（田中意見、横田正同調、柏原同調、岩田同旨）プライバシー尊重の点から対審・公開の裁判にはなじまない。

（松田意見、草鹿同調）本質上非訟事件の性質を有するものを非訟手続で行つてなぜ違憲になるのか

【最大決昭 40.6.30】婚姻費用分担義務の審判につき同旨[27001290]

【最大決昭 41.3.2】遺産分割の審判につき同旨（別に裁判可能 14-1 不可能）[27001211]

【最大決昭 41.12.27】判例（過料決定の特別抗告事件の非公開）[27001124]

財団法人の理事の就任の登記懈怠：一審：過料各 200 円→抗告：棄却→特別抗告：棄却

「民事上の秩序罰としての過料を科する作用は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用であり、その実質においては、一種の行政処分としての性質を有するものであるから、必ずしも裁判所がこれを科することを憲法上の要件とするものではなく、行政庁がこれを科することにしても、なんら違憲とすべき理由はない。従つて、法律上、裁判所がこれを科することになっている場合でも、過料を科する作用は、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科する作用とは異なるのであるから、憲法八二条、三二条の定めるところにより、公開の法廷における対審及び判決によつて行なわれなければならないものではない」「過料を非訟事件手続法の定めるところにより裁判所が科することになっているのが違憲でない・・殊に、非訟事件の裁判については、非訟事件手続法の定めるところにより、公正な不服申立の手続が保障されていることにかんがみ、公開・対審の原則を認めなかつたからといつて、憲法八二条、三二条に違反するものとすべき理由はない」

（田中・岩田補足）「例外を認めることが、公開・対審の原則を保障した憲法の趣旨に反しないだけの合理的根拠があるかどうか、また、それに代る裁判の公正を保障するための手続的保障が与えられているかどうかにかかっているとみるべき」

（入江反対）行政罰なのに行政訴訟を提起できず、抗告しか認めないのはおかしいのではないか

【最大決昭 45.6.24】破産宣告で同旨[27000716]

債権者申立てによる破産宣告：一審：破産宣告→抗告棄却→特別抗告棄却

「破産手続は、狭義の民事訴訟手続のように、裁判所が相対立する特定の債権者と債務者との間において当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする手続ではなく・・破産裁判所がする破産宣告決定は右に述べたような目的を有する一連の破産手続の開始を宣告する裁判であるにとどまり、また、その抗告裁判所がする抗告棄却決定は右のような破産宣告決定に対する不服の申立を排斥する裁判であるにすぎないのであつて、それらは、いずれも、裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判とはいえない」

【最大決昭 45.12.16】会社更生計画認可決定で同旨[27000662]

「更生計画認否の裁判は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用に属し、固有の司法権の作用に属しない」

【最大決平 10.12.1】裁判官分限手続の非公開は合憲（寺西判事補事件）[27000662]

判事補の政治活動による戒告処分への即時抗告事件

「懲戒権者としての裁量権を行使して第一次的判断をするのであり、その点に関する申立裁判所の主張の当否を判断するのではない。）から、分限事件は、訴訟とは全く構造を異にするというほかはない」

【最決平 20.5.8】判例（反論機会与えず不利益判断の審判）[28141089]

婚姻費用分担請求（妻→夫）。夫の年収は定年近い小学校教諭で 1087 万円、妻の年収 159 万円で、夫と養子縁組した妻の長女は妻と同居しているが、同居より別居の方が長いので、一審は月 12 万円、抗告審は月 16 万円とした。特別抗告は棄却。抗告審で抗告状の副本が送達されていなかったのに不利益処分があった。ただし、特別抗告人の有利な事情は請求異議の申し立てで主張できるものではあった。

「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の「裁判を受ける権利」とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、抗告人（原審における相手方）に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の「裁判を受ける権利」を侵害したものであるということはできず、本件抗告理由のうち憲法 3 2 条違反の主張には理由がない」「原審においては、抗告人に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがうかがわれ、抗告人は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとすると、原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要で

あったというべきである。以上のとおり、原審の手続には問題があるといわざるを得ないが、この点は特別抗告の理由には当たらない」

(田原補足) 審判で当事者の権利の保障を欠いてもただちに違憲ではないが、審理不尽の違法の謗りは免れない。

(那須反対) 憲法 32 条に基づけば送達か送付は必要で、明かな法令の違反があるので破棄差戻しすべき。

3. 出訴要件や審級制度の問題

【最大判昭 24.5.18】 自作農特措法の出訴期間制限 (1 月) は経過措置があり合憲[27003571]

「民事法規については憲法は法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいないのである。従て民事訴訟上の救済方法の如き公共の福祉が要請する限り従前の例によらず遡及して之を変更することができる」と解すべきである。出訴期間も民事訴訟上の救済方法に関するものであるから、新法を以て遡及して短縮しうるものと解すべきであつて、改正前の法律による出訴期間が既得権として当事者の権利となるものではない。そして新法を以て遡及して出訴期間を短縮することができる以上は、その期間が著しく不合理で実質上裁判の拒否と認められるような場合でない限り憲法第三二条に違反するということとはできない」「昭和二一年一二月自作農創設特別措置法制定当時は、行政処分について訴訟を提起することはできなかつたのであつたが、日本国憲法施行後は一般的に行政処分について訴訟を提起しうることとなつて、その出訴期間は民訴応急措置法第八条により六ヶ月と定められたのである。然るに自作農創設特別措置法による農地買収の如き問題はなるべく早く解決せしめることが公共の福祉に適合するものであるから、昭和二二年一二月二六日前記特別措置法の改正施行と共に、新に第四七条の二が加えられて出訴期間を一ヶ月に短縮したのである。しかし同改正法施行前に行はれた処分について同条をそのまま適用すると出訴する機会を与えられない者もありうるので、(即ち実質上裁判を拒否されることになる。) 経過的規定として附則第七条によつて同改正法施行前にその処分のあつたことを知つた者にあつては、同法施行の日から一ヶ月以内に出訴しうることにしたのである。これ等の立法の経過と規定の内容とを前段説明したところと併せ考えると、前記改正法第四七条の二及び同法附則第七条は何れも憲法第三二条に違反したということとはできない」

- ・ 最高裁への上告理由の制限は 81 条 (違憲立法審査) に反しない限り合憲

【最判平 13.2.13】 判例 (最高裁への上告制限[28060328])

「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由として最高裁判所に上告をすることを許容しない民訴法 3 1 2 条及び 3 1 8 条が憲法 3 2 条に違反するというにある。しかしながら、いかなる事由を理由に上告をすることを許容するかは審級制度の問題であつて、憲法が 8 1 条の規定するところを除いてはこれをすべて立法の適宜に定めるところにゆだねていと解すべき」

【最大判昭 23.3.10】 量刑に関する上告制限は合憲

【最大判昭 29.10.13】 簡裁を一番とする事件の上告審が高裁であるのは合憲

【最判平 12.3.17】 少額訴訟に対する控訴禁止は合憲

【最判平 21.7.14】 即決裁判手続の控訴制限は合憲[前掲 25440945]

「審級制度については、憲法 8 1 条に規定するところを除いては、憲法はこれを法律の定めるところにゆだねており、事件の類型によって一般の事件と異なる上訴制限を定めても、それが合理的な理由に基づくものであれば憲法 3 2 条に違反するものではない」 控訴制限は「相応の合理的な理由があるというべきである」

第3款 国家賠償請求権（17条）

1. 17条：何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる ⇔ 明治憲法では国家無答責
 - ・ 国家賠償法で具体化（1条：公務員の故意・過失、2条：公の营造物の設置・管理の瑕疵）
 - 1条：自己責任説（国自身の責任）・代位責任説（公務員の責任を国が代位する）の2説ある

【最大判平 14.9.11 民集 56-7-1439】郵便法違憲判決[H11 才 1767]

債権差押命令の特別送達を私書箱に投函して送達が遅れ、債権差押えが空振りになったもの（一二審原告敗訴）
基準：「憲法 17 条は……その保障する国又は公共団体に対し損害賠償を求め権利については、法律による具体化を予定している。これは……国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない。そして、公務員の不法行為による国又は公共団体の損害賠償責任を免除し、又は制限する法律の規定が同条に適合するものとして是認されるものであるかどうかは、当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」

目的の検討：「郵便官署は、限られた人員と費用の制約の中で、日々大量に取り扱う郵便物を、送達距離の長短、交通手段の地域差にかかわらず、円滑迅速に、しかも、なるべく安い料金で、あまねく、公平に処理することが要請されているのである。仮に、その処理の過程で郵便物に生じ得る事故について、すべて民法や国家賠償法の定める原則に従って損害賠償をしなければならないとすれば、それによる金銭負担が多額となる可能性があるだけでなく、千差万別の事故態様、損害について、損害が生じたと主張する者らに個々に対応し、債務不履行又は不法行為に該当する事実や損害額を確定するために、多くの労力と費用を要することにもなるから、その結果、料金の値上げにつながり、上記目的の達成が害されるおそれがある」「郵便制度が極めて重要な社会基盤の一つであることを考慮すると、法 6 8 条、7 3 条が郵便物に関する損害賠償の対象及び範囲に限定を加えた目的は、正当なものであるといえることができる」

書留郵便物の検討：軽過失の場合に損害賠償責任の免除・制限をするのは合憲。「書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為に基づき損害が生ずるようなことは、通常の職務規範に従って業務執行がされている限り、ごく例外的な場合にとどまるはずであって、このような事態は、書留の制度に対する信頼を著しく損なうものといわなければならない。そうすると、このような例外的な場合にまで国の損害賠償責任を免除し、又は制限しなければ法 1 条に定める目的を達成することができないとは到底考えられず、郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為についてまで免責又は責任制限を認める規定に合理性があるとは認め難い」「書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法 1 7 条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものであるといわざるを得ず、同条に違反し、無効である」

特別送達の検討：書留にさらに追加料金を取り、裁判所書記官等が送達する場合は軽過失でも国賠の対象であるから、「特別送達郵便物については、郵便業務従事者の軽過失による不法行為から生じた損害の賠償責任を肯定したからといって、直ちに、その目的の達成が害されるということとはできず、上記各条に規定する免責又は責任制限に合理性、必要性があるということは困難であり、そのような免責又は責任制限の規定を設けたことは、憲法 1 7 条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したものである」

（滝井補足）福田・深澤意見のいうように違憲審査に消極的であるということはない。

（福田・深澤意見）違憲判断は立法府の裁量権とは無関係に行使されるべき。多数意見は違憲審査権に消極的。

(横尾意見) 書留の賠償制限は合理的であり違憲ではない。特別送達は特殊ゆえ結論は賛成。

(上田意見) 特別送達でも軽過失は国賠の免除・制限を行ってよい。

2. 国会議員の国会での発言は特別な事情がある場合を除き国賠請求の対象にならない

【最判平 9.9.9】院内発言名誉棄損事件[28021761]

衆議院議員が国会質問で院長が異常で患者に破廉恥な行為をしたと病院の実名を挙げたため、翌日に院長が自殺したとしてその妻が 1 億円の国賠請求と衆議院議員に対し民法の不法行為に基く損害賠償請求をしたもの(少なくとも患者の超過収容等問題のある病院だったのは事実)

「本件発言は、国会議員である被上告人竹村によって、国会議員としての職務を行うにつきされたものであることが明らかである。そうすると、仮に本件発言が被上告人竹村の故意又は過失による違法な行為であるとしても、被上告人国が賠償責任を負うことがあるのは格別、公務員である被上告人竹村個人は、上告人に対してその責任を負わないと解すべきである。したがって、本件発言が憲法五一条に規定する「演説、討論又は表決」に該当するかどうかを論ずるまでもなく、上告人の被上告人竹村に対する本訴請求は理由がない」

「憲法五一条は……国会議員の発言、表決につきその法的責任を免除しているが、このことも、一面では国会議員の職務行為についての広い裁量の必要性を裏付けているといえることができる。もっとも、国会議員に右のような広範な裁量が認められるのは、その職権の行使を十全ならしめるという要請に基づくものであるから、職務とは無関係に個別の国民の権利を侵害することを目的とするような行為が許されないことはもちろんであり、また、あえて虚偽の事実を摘示して個別の国民の名誉を毀損するような行為は、国会議員の裁量に属する正当な職務行為とはいえない」「国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行なったものと認め得るような特別な事情があることを必要とする」

3. 合法的な国の行為と国家賠償(予防接種や不当ではない犯罪捜査・起訴など)

- 合法的又は無過失の政府行為による生命・身体への侵害への補償の可否

→違法なら 17 条、財産なら 29 条 3 項で補償できる

(一連の予防接種ワクチン禍訴訟) 高裁は 17 条適用説

A : 29 条类推適用説

【東京地判昭 59.5.18】予防接種禍事件東京訴訟一審 [27490027]

強制接種や勧奨接種による被害児 62 名についての債務不履行責任、国家賠償法上の責任、憲法上の損失補償責任を求めたもの。2 児過失を認定し、それ以外は特別の犠牲であるとして 29 条类推適用で救済。

「一般社会を伝染病から集団的に防衛するためになされた予防接種により、その生命、身体について特別の犠牲を強いられた各被害児及びその両親に対し、右犠牲による損失を、これら個人の者のみ負担に帰せしめてしまうことは、生命・自由・幸福追求権を規定する憲法一三条、法の下での平等と差別の禁止を規定する同一四条一項、更には、国民の生存権を保障する旨を規定する同二五条のそれらの法の精神に反するといえることができ、そのような事態を等閑視することは到底許されるものではなく、かゝる損失は、本件各被害児らの特別犠牲によつて、一方では利益を受けている国民全体、即ちそれを代表する被告国が負担すべきものと解するのが相当である。そのことは、価値の根元を個人に見出し、個人の尊厳を価値の原点とし、国民すべての自由・生命・幸福追求を大切にしようとする憲法の基本原理に合致するというべきである」「憲法一三条後段、二五条一項の規定の趣旨に照らせば、財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない。従つて、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられ

た場合においても、右憲法二九条三項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法二九条三項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる」と解するのが相当である」

B：29条勿論適用説

【大阪地判昭 62.9.30】予防接種で特定個人に特別の犠牲が生じているとした [27800839]

C：13条による補償説

D：25条による補償説

E：国の過失を認定して17条適用説 → 対策が強化されると過失が否定され責任を問えず

【名古屋地判昭 60.10.31】【福岡高判平 5.8.10】【大阪高判平 6.3.16】

【東京高判平 4.12.18】予防接種禍事件東京訴訟二審[27814481]

「憲法二九条三項を違法な侵害行為にまで拡張して解釈することは、前記の体系の下で右条項は法に基づく適法な侵害に関する規定であることが明らかであるから、憲法解釈の枠を超える」として29条3項類推適用を否定。

「本件被害児六二名は、いずれも接種当時施行されていた各予防接種施行心得ないし旧実施規則にいう禁忌者に該当していたものと推定される」「厚生大臣が禁忌を識別するための十分な措置をとり、その結果、接種担当者が禁忌識別を誤らず、禁忌該当者をすべて接種対象者から除外していたとすれば、本件副反応事故の発生を回避することができたものというべきであり、したがって、本件副反応事故という結果の回避可能性もあった」「厚生大臣には、禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置をとることを怠った過失があるものといわざるを得ず、国は、古川（五六）を除くその余の被害児らに重篤な副反応事故が生じたことに対して、国家賠償法上責任を免れない」

F：17条・29条適用否定説 → 立法や憲法改正による対応が必要

・ 刑事補償と別に国賠を請求した際の可否

【最判昭 53.10.20】芦別事件[27000225]

一審：少なくとも重過失を認定し一部請求認容→控訴：不当でなく請求棄却→上告：棄却

芦別事件（昭 27.7.29 の鉄道爆破事件）の容疑者とされ、起訴されたが高裁で無関係で無罪が確定した原告ら（1名は控訴審で死亡し、その相続人）が国賠請求をしたもの。

「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」

「公権力の行使に当たる国の公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を与えた場合には、国がその被害者に対して賠償の責に任ずるのであつて、公務員個人はその責を負わない」

第2節 参政権

第1款 参政権 (15,16条)

1. 参政権：請願権(§16)、公務員選定罷免権・選挙権・被選挙権(§15)、公務就任権等の総称
 - ・ 15条1項：公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である
 - ・ 2項：すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない

2. 請願権(§16)

【名古屋高判平 24.4.27】【最決平 24.10.9】関ヶ原町署名簿事件[25481012,25482875]

55万円×7名損害請求→一審：@2200円認容(費用原告全額)→双方控訴：@5.5万円認容(費用原告10%)
→町上告・上告許可申立：棄却・不受理

小学校の統合計画反対のために町民がした署名につき、町長の指示で町職員が署名者を戸別訪問したもの。
表現の自由・請願権・プライバシーの侵害として損害を認める。

「表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要であつて、法律によつてもみだりに制限することができないものであり、事前だけではなく事後的に不利益や不当な圧力を及ぼし、国民を萎縮させることも許されない」「請願権……官公署において、これを「誠実に」処理するとは、放置したりしてはならないことであり、誠実に処理するという名の下に、将来の請願行為をしにくくすることや請願をした者を萎縮させることが許されない……表現の自由及び請願権……は……最大限に保障されるべきであり、これらの権利・利益が公共の福祉による内在的制約に服するとしても、その制限は……最小限でなければならず、国家機関や地方公共団体は、上記の権利利益を制約するためには、その目的の正当性や手段の相当性について厳格な審査を受けその要件を充たすことが必要である」

「本件戸別訪問の真の目的は、民意を確認するということではなく、統廃合に反対する住民が多くないこと、本件署名簿の記載が誤つていて、正しくは賛成者が多いことを間接的に聴取り調査によって明らかにしようとすることにあつた……本件戸別訪問は、正当の目的を有しないにとどまらず不当な目的を有していた……本件戸別訪問にはその態様・手段の点からも表現の自由に対する萎縮効果があつた……本件戸別訪問による調査は、署名者及び署名活動者の表現の自由の制約を正当化するに足る目的を有していたとは認められないだけでなく、被控訴人の町長が自身の意見を実現するために自己に対立する考えを有する一部の町民の意見を封じるという積極的で不当な目的のためになされた……後者のような目的のために戸別調査をすることはもちろん許されない」
手段も他の方法があるのに平穏な生活を害する態様で行われており、萎縮効果もあるから相当性を欠く。
被告が作成した署名者一覧は目的外利用・情報保護条例違反であつてプライバシーの侵害。

3. 選挙権：公務員選定権(§15)に含む

- ・ 公務員罷免権(§15-1)：最高裁の国民審査、地方自治体でのリコール制度

4. 被選挙権

- ・ 権利性否定説：被選挙権は選挙される資格にすぎない
- ・ 権利性肯定説：憲法で保障された権利である。根拠は13条説と15条1項説(判例)がある

【最大判昭 43.12.4】三井美唄労組事件 [前掲 27611952]

公選法違反(選挙の自由妨害)：一審：罰金1~2万円→控訴：無罪(威迫とまで言えず)→上告：破棄差戻し
美唄市議選に労組統一候補6名を推薦決定したのに、前回は推薦を得て当選していた現職市議(組合員)が立候補しようとしたため統制処分をちらつかせて威迫したもの。当選後、一年間の権利停止とした。

「被選挙権を有し、選挙に立候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば、そのことは、ひいては、選挙人の自由な意思の表明を阻害することとなり、自由かつ公正な選挙の本旨に反することとならざるを得ない。この意味において、立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由

かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である。このような見地からいえば、憲法一五条一項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである」→立候補の妨害を罪とする公選法の規定は合憲。

- ・ 例外：公選法違反による公民権停止・連座制による立候補制限は合憲

【最大判昭 37.3.14 ほか】連座制・拡大連座制による立候補制限は合憲

5. 公務就任権：13,15-1,22 条説がある

【最大判平 17.1.26】判例（外国人の公務就任権：1,15 条を参照）[前掲 28100274]

第2款 選挙権 (15,44条)

1. 選挙権の性格

- ・ 公務説：選挙人として公務員の選出に關与する公務（明治憲法下の学説）
- ・ 権利説：主権者として国政に自己の意思を反映させる権利（有力）
- ・ 二元説：公務性と権利性の両面がある（多数）→棄権制限や選挙の自由制限を導きやすい
- ・ 近代選挙の基本原則：普通選挙・平等選挙・自由選挙・秘密投票・直接選挙

2. 普通選挙 (3項,44条)：性別・財産・教育などで選挙権を制限しない (⇔制限選挙)

←1925 普通選挙導入：同時に選挙運動制限・中選挙区制の導入、治安維持法制定

- ・ 3項：公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する
- ・ 44条：両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない

3. 平等選挙 (44条)：各選挙人の投票価値を平等に扱う (⇔等級選挙・複数選挙)

4. 自由選挙：2つの側面

- ・ 任意投票制：棄権（・立候補）の自由を認めるか否か (⇔強制投票)：15条4項、19条
- ・ 選挙運動の自由：選挙の公正との調整

【最大判昭 44.4.23】判例（事前運動の合憲性）[27760868]

教員であったが組合運動で免職となった被告人が、新宿区議会議員選挙に立候補するにあたり、事前に文書を配って投票を依頼したため、事前運動にあたりとされたもの。

一審罰金 30,000 円・公民権停止 2 年→被告人控訴棄却→被告人上告棄却

「公職の選挙につき、常時選挙運動を行なうことを許容するときは、その間、不当、無用な競争を招き、これが規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある……公職選挙法一二九条……は、まさに、右の要請に応えようとする趣旨に出たものであつて、選挙が公正に行なわれることを保障することは、公共の福祉を維持する所以であるから、選挙運動をすることができる期間を規制し事前運動を禁止することは、憲法の保障する表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限である」

【広島高松江支判昭 55.4.28】【最判昭 56.6.15】戸別訪問事件[27761125,27761145]

公選法違反→一審：無罪→控訴棄却→上告：破棄差戻し→差戻控訴：破棄自判(有罪)→差戻上告棄却

昭 51 衆院選で戸別訪問した共産党の運動員 2 名の裁判。

控訴審「具体的な弊害のうち、議員の品位を傷つける、公事を私事化する、候補者にとって煩に耐えない、当選議員にとって不利益である、などの点については、これらの防止を目的として国民一般に対し表現の自由が制約される結果をもたらすような立法をすることが許されないことは明白である。また、個人的感情によって投票が左右される弊害があるとの点については……もともと人間は感情の動物であつてその選挙権の行使に際し感情的要素を全く払拭することは不可能であり、国家がこれに干渉するにはおのずから限度があるのであるから、戸別訪問を自由化した場合、公開されていない場所での選挙人の感情に訴えての投票依頼の機会が多くなったとしても、この弊害を防止するため戸別訪問をした者に対して刑罰を科し、ひいては表現の自由を制約することはできない」「戸別訪問に限らず、およそ選挙運動をするうえにおいて一般的に経済的に優位な者が有利な立場に置かれることから、公職選挙法は……選挙運動に関する支出金額を制限しており……戸別訪問に経費がかかるとしても選挙の公正を守ることができる」「戸別訪問を禁止しなかった場合、不正行為の温床となり易く、その機会を多からしめるという弊害を生じる蓋然性が高いということとはできず、右弊害を生じるおそれは極めて抽象的な

可能性にとどまる……合理的な関連性を有すると考えることはできない」「戸別訪問が被訪問者の生活の平穩を害するか否かについて…（個別に時間制限などをすれば足り）…戸別訪問を一律に禁止する理由とはなり得ず、戸別訪問を全面的に禁止することは、被訪問者の生活の平穩を守るための手段としては行きすぎている」

「戸別訪問を禁止した法の目的を各別に検討してみても…（全部ダメで）…併せて考えてみても、戸別訪問の禁止が憲法上許される合理的でかつ必要やむを得ない程度の規制であると考えすることはできない」

上告審「戸別訪問の禁止は、意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床になり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなるうえに多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もつて選挙の自由と公正を確保することを目的としているところ、右の目的は正当であり、それらの弊害を総体としてみるときは、戸別訪問を一律に禁止することと禁止目的との間に合理的な関連性があるといえることができる、そして、戸別訪問の禁止によつて失われる利益は、それにより戸別訪問という手段方法による意見表明の自由が制約されることではあるが、それは、もとより戸別訪問以外の手段方法による意見表明の自由を制約するものではなく、単に手段方法に禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約にすぎない反面、禁止により得られる利益は、戸別訪問という手段方法のもたらす弊害を防止することによる選挙の自由と公正の確保であるから、得られる利益は失われる利益に比してはるかに大きいといえることができる。以上によれば、戸別訪問を一律に禁止している公職選挙法一三八条一項の規定は、合理的で必要やむを得ない限度を超えるものとは認められず、憲法二一条に違反するものではない」「戸別訪問を一律に禁止するかどうかは、専ら選挙の自由と公正を確保する見地からする立法政策の問題であつて、国会がその裁量の範囲内で決定した政策は尊重されなければならない」

5. 秘密投票（4項）：選挙人が誰に投票したか第三者が知りえないようにすること

- ・ 4項：すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない。選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない

【最大判昭 25.11.9】無資格者の無効投票の取調べは行えない[27003507]

「選挙権のない者又はいわゆる代理投票をした者の投票についても、その投票が何人に対しなされたかは、議員の当選の効力を定める手続において、取り調べてはならない」「無資格者その他による帰属不明の無効投票が他の有効投票中に混入されたときは、それら無効投票を各当選者の得票から差し引いて見て、最高位落選者より下位となる者は、これを当選者と決定することができず、従つて、これが当選を無効とすべき」

【最判平 9.3.28】泉佐野市議会選挙事件[28020806]

国・府・市宛 30～300万請求→一審：8名市宛却下(訴訟委任確認できず)、他棄却→控訴棄却→上告棄却
昭 61.5.18 の泉佐野市議選で当選した中核派市議に関して、市議選前に中核派 55 名が市内へ実体なく転入したので、公選法違反の嫌疑で「泉佐野市議会議員一般選挙投票所入場券等」「泉佐野市議会議員一般選挙候補者上告人国賀祥司記載の投票済み投票用紙」を差押えて指紋を照合したものの。

「上告人らは本件詐偽登録罪及び詐偽投票罪の被疑者にはされておらず、また、同人らの指紋が押収した投票済み投票用紙から検出された指紋との照合に使用されたという事実もない」「本件差押え等の一連の捜査により上告人らの投票内容が外部に知られたとの事実はうかがえないのみならず……詐偽投票罪の被疑者らが投票をした事実を裏付けるためにされたものであって、上告人らの投票内容を探索する目的でされたものではなく……投票用紙の指紋との照合に使用された指紋には上告人らの指紋は含まれておらず、上告人らの投票内容が外部に知られるおそれもなかった……上告人らの投票の秘密を侵害したとも、これを侵害する現実的、具体的な危険を生じさせたともいうことはできない。したがって、上告人らは、投票の秘密に係る自己の法的利益を侵害されたといふことはできない……投票の秘密に係る法的利益の侵害に基づく上告人らの損害賠償請求は」理由がない。

（福田補足）投票の秘密は直接に、選挙の構成は間接に代表民主制を支えるものだから、投票の秘密が優先し、

このような捜査が許されるのは例外的な場合である。本件では、次点との差が 141 票あり、投票所入場券で証拠は十分と思われ、詐偽投票罪は投票しようとした場合と投票した場合で法定刑が一緒なので、あえて投票したことを証明する必要がなかったことから、「投票の秘密の侵害を引き起こすような捜査をすることが許される例外的場合に当たらず、本件差押えは憲法一五条四項前段に違反する」

6. 直接選挙：選挙人が直接当選者を選出する。93-2 で地方選挙は直接選挙と規定

- ・国会議員は規定なし→43,93-2 を根拠に否定説が通説。間接選挙、特に複選制は否定される

7. 選挙権に対する制限：厳格審査？

【最大判昭 30.2.9】判例（選挙犯罪者の選挙権）[27760502]

公選法違反→一審：7名有罪・うち5名公民権停止3年→控訴：有罪・うち6名公民権停止2年→上告棄却
衆院選で票の取りまとめを依頼して現金を供したものを。

「選挙犯罪は、いずれも選挙の公正を害する犯罪であつて、かかる犯罪の処刑者は、すなわち現に選挙の公正を害したのものとして、選挙に関与せしめるに不適当なものとみとめるべきであるから、これを一定の期間、公職の選挙に関与することから排除するのは相当であつて、他の一般犯罪の処刑者が選挙権被選挙権を停止されるとは、おのずから別個の事由にもとづくものである。されば選挙犯罪の処刑者について、一般犯罪の処刑者に比し、特に、厳に選挙権被選挙権停止の処遇を規定しても、これをもつて所論のように条理に反する差別待遇というべきではない」「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一であることは所論のとおりであるが、それだけに選挙の公正はあくまでも厳粛に保持されなければならないのであつて、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不適当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきではない」→合憲

（井上・真野・岩松意見）公民権停止は有罪となったら自動的に受けるもので、裁判所は短縮あるいは免除をできるにすぎない。したがって、投票等をさせない行政処分について違憲を争うのみ。本件は5年を2年に短縮したのだから、利益処分であつて違憲として争えない。

（斎藤・入江意見）上意見賛同。公民権停止の合憲性については多数意見に賛同。

【最判平 5.2.26】判例（外国人の国政選挙権）[27814922]

日本人と婚姻したイギリス人（永住許可あり）の損害請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法九条一項の規定が憲法一五条、一四条の規定に違反するものでないことは、最高裁昭和五〇年（行ツ）第一二〇号同五三年一〇月四日大法廷判決の趣旨に徴して明らか」定住外国人は社会の構成員として日本の政治社会に従わざるを得ないから、と主張した。

【最判平 10.3.13】判例（外国人の国政被選挙権）[28030601]

「国会議員の被選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法一〇条一項…（などの）…各規定及びこれらの規定を上告人らに適用することが憲法一五条に違反するものでないことは、最昭 50(行ツ)120=最大判 53.10.4 の趣旨に徴して明らかであり（最判 5.2.26 参照）……前記各規定が市民的及び政治的権利に関する国際規約（昭和五四年条約第七号）二五条に違反するものでないとした原審の判断も、正当」（損害請求）

【最判平 7.2.28】判例（外国人の地方参政権）[27826692]

選挙人名簿不登録処分に対する異議申出却下処分の取消請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

韓国国籍を有する原告が大阪市の地方選挙について訴えたもの。

「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものである。そこで、憲法一五条一項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかな

らないところ、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。そして、地方自治について定める憲法第八章は、九三条二項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、憲法九三条二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるといふことはできない]

「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至つたと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であつて、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」

【最判昭 60.11.21】在宅投票制度違憲訴訟[27100020]

昭 27 に在宅投票制度を廃止したことが違憲とした損害請求→一審：10 万円→控訴：破棄(棄却)→上告棄却

「昭和二六年四月の統一地方選挙において在宅投票制度が悪用され、そのことによる選挙無効及び当選無効の争訟が続出したことから、国会は、右の公職選挙法の一部を改正する法律により在宅投票制度を廃止」したが「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない」「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないといふべきであつて、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うといふとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」

「上告人は、在宅投票制度の設置は憲法の命ずるところであるとの前提に立つて、本件立法行為の違法を主張するのであるが、憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえつて、その四七条は「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定しているのであつて、これが投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である」「そうすると、在宅投票制度を廃止しその後前記八回の選挙までにこれを復活しなかつた本件立法行為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はなく」国賠の対象でない。

【最大判平 17.9.14 民集 59-7-2087】在外邦人選挙権訴訟[H13 行ツ 82]

選挙権を認めない違法確認・(小)選挙区選挙権を認めない違法確認・5 万円→一審：確認却下、損害棄却→控訴：(予)選挙権行使権確認追加：控訴棄却・予却下→上告：破棄自判(主確認却下、次回以後の(小)選挙区の投票をすることができる地位確認・5000 円・費用負担原告 1/5

「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行

使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない……そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない……在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由がある」

平10公選法改正前「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは」憲法15-1,3,43-1,44但に違反するものであった。

改正後：比例に限ったのは「投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは実際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下で、候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めることには検討を要する問題があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなった…（平12公選法）改正後……既に平成13年及び同16年に、在外国民についてもこの制度（＝非拘束名簿方式）に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということではできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は」憲法15-1,3,43-1,44但に違反する。

予備的請求の確認の利益「選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の予備的確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない」

国賠「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける」「在外国民であった上告人も国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであ

り、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない]

(福田補足) 反対意見への批判。金銭賠償の必要性、選挙権の重要性。

(横尾・上田反対) いまだ国会の裁量の範囲内。

(泉反対) 国賠は違憲の審理を求めるためのものだから、他に違憲と認める場合は認める必要はない。

【東京地判平 25.3.14】成年被後見人の投票制限違憲[28101810]

次回衆院選・参院選投票することができる地位の確認→一審：認容→控訴後和解

「成年被後見人になったからといって、選挙権の行使をするに足る能力を欠くとされたわけではなく、選挙から排除されるべき存在とされるわけではないのであるから、成年後見制度とは趣旨目的を異にする選挙制度の運営上、選挙の度に能力を審査することが實際上困難であるからといって、直ちに成年被後見人は、選挙権が剥奪されることを甘受せよということにはならない」→選挙権をはく奪する「やむを得ない事由」は認められず、違憲。

【東京地判平 23.4.26】最高裁国民審査の在外投票[25471444]

次回国民審査で投票することができる地位の確認・損賠請求→一審：確認却下・損賠棄却

在外国民の国民審査投票権は法改正がない限り存在しない権利・未改正も合理的な期間内。

第3款 議員定数不均衡訴訟

1. 選挙の公正確保のための選挙に関する争訟（公選法・民衆訴訟）を利用

- ・通説：2対1以上は違憲 ∵ 1人1票原則の明確な違反
- ・有力：1対1が原則で、厳格審査によって判断すべし

2. 選挙方法と憲法

- ・通説：立法政策 ← 少数：比例代表制説（∵国民全体の代表）、小選挙区制説
 - *小選挙区制 ← 第三党・激戦区は一部で、結局は一党支配・二大政党の均質化を招く
 - *比例代表制 ← (特に拘束名簿式で)名簿への記載が重要なので、政党内の寡頭支配を招く

3. 衆議院

- ・33回(1972)：4.99倍（違憲）→違憲・事情判決
- ・1975改正：2.92倍（合憲）
- ・36回(1980)：3.94倍（違憲）→合憲・合理的期間内
- ・37回(1983)：4.40倍（違憲）→違憲・事情判決
- ・1986改正：2.99倍（合憲）※暫定措置と明記
- ・38回(1986)：2.92倍（合憲）
- ・39回(1990)：3.18倍（違憲）
- ・40回(1993)：2.82倍（合憲）※中選挙区制ここまで
- ・41回(1996)：2.31倍（合憲）
- ・44回(2005)：2.17倍（合憲）
- ・45回(2009)：2.30倍（違憲）
- ・46回(2012)：2.425倍（意見）→合憲・合理的期間内

【最大判昭51.4.14民集30-3-223】衆議院議員定数不均衡（昭47・事情判決）[S49行ツ75]

昭47.12.10施行衆院選選挙無効請求（最大4.99対1、千葉1区）→一審：棄却→上告：破棄自判（違法宣言付棄却、訴訟費用は被告負担）

「憲法は、前記投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんじやくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができるのであり、投票価値の平等は、さきに例示した選挙制度のように明らかにこれに反するもの、その他憲法上正当な理由となりえないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除いては、原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべき……もつとも、このことは、平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない。投票価値の平等は、常にその絶対的な形における実現を必要とするものではないけれども、国会がその裁量によつて決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国会が正当に考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に是認することができるものでなければならないと解されるのであり、その限りにおいて大きな意義と効果を有するのである。それ故、国会が衆議院及び参議院それぞれについて決定した具体的な選挙制度は、それが憲法上の選挙権の平等の要求に反するものでないかどうかにつき、常に各別に右の観点からする吟味と検討を免れることができない」

中選挙区の選挙区割で不均衡が生じるのはやむを得ないが「選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考

慮しうる諸般の要素をしんしやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはないというべき」比率は「約五対一の割合に達していた……このような事態を生じたのは、専ら前記改正後における人口の異動に基づくものと推定されるが、右の開きが示す選挙人の投票価値の不平等は、前述のような諸般の要素、特に右の急激な社会的変化に対応するについてのある程度の政策的裁量を考慮に入れてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至っているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上、本件議員定数配分規定の下における各選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差は、右選挙当時には、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていたものといわなければならない」「昭和三十九年の改正後本件選挙の時まで八年余にわたつてこの点についての改正がなんら施されていないことをしんしやくするときは、前記規定は、憲法の要求するところに合致しない状態になつていたにもかかわらず、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと認めざるをえない。それ故、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるべきものであつたというべきである」

(岡原、下田、江里口、大塚、吉田反対) 選挙無効にすべき。国会議員の多くは無効にならないはずだから、残った議員で憲法に適合するように改正して選挙すれば足りる。

(岸反対) 無効だが、当選人は当選を失わない判決をすべき。定数割の一部が違憲なだけだろう。

(天野反対) 公選法の選挙無効の訴えの予想するところではないから、原審を破棄して却下すべき。

【最大判昭 58.11.7】衆議院議員定数不均衡(昭 55・合理的期間内) [27000032]

昭 55.6.22 施行衆院選挙無効請求(最大 3.94 対 1、東京 3 区) → 一審：違憲宣言付棄却 → 上告：破棄(棄却)

「制定又は改正の当時合憲であつた議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口の較差が、その後の人口の異動によつて拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つた場合には、そのことによつて直ちに当該議員定数配分規定の憲法違反までもたらすものと解すべきではなく、人口の異動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されているにもかかわらずそれが行われなかつたときに、初めて右規定が憲法に違反するものと断定すべき」昭 50 改正で定数を増やし、最大 2.92 対 1 になつており、「右改正の目的が専ら較差の是正を図ることにあつたことからすれば……国会の合理的裁量の限界を超えるものと推定すべき程度に達しているものとはいえず、他にこれを合理的でないとして判定するに足る事情を見出すこともできない上……(公選法の規定通り国勢調査に従つて改正したから) …前記大法廷判決によつて違憲と判断された右改正前の議員定数配分規定の下における投票価値の不平等状態は、右改正によつて一応解消された」が再び 3.94 対 1 に拡大したのは、較差が違憲の程度に達しても「国会が速やかに適切な対応をすることは必ずしも期待し難いこと」「人口の異動は絶えず生ずる」が「議員定数配分規定を頻りに改正することは、政治における安定の要請から考えて、実際的でも相当でもないこと」較差は前回違憲判決当時を下回っていること「などを総合して考察すると、本件において、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達した時から本件選挙までの間に、その是正のための改正がされなかつたことにより、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと断定することは困難である」

(宮崎補足) 格差の最大を単純に 2 対 1 とすることはできず、具体的に決するほかない。

(団藤反対) 2.92 対 1 で違憲解消とすること自体おかし

(中村反対) 2.92 対 1 をギリギリ合憲としえても、その後は是正は可能だった。

(横井反対) 2 対 1 を超えると違憲である。

(谷口反対)(木戸口反対)(安岡反対) 前回改正後、選挙までに改正すべきだった。

(藤崎反対) 国会の議員定数が選挙人数・人口に比例しなくても違憲ではないから、却下すべき

【最大判昭 60.7.17 民集 39-5-1100】衆議院議員定数不均衡(S58・事情判決)[S59 行ツ 339]

昭 58.12.18 施行衆院選選挙無効請求（最大 4.40 対 1、広島 1 区）→一審：違憲宣言付棄却→上告：棄却

「昭和五〇年改正法による改正の結果、従前の議員定数配分規定の下における投票価値の不平等状態は、一応解消されたものと評価することができるものというべきであるが（昭和五八年大法廷判決参照）、その後、昭和五五年六月の衆議院議員選挙当時における前記一対三・九四の較差は選挙権の平等の要求に反する程度に至つていたものであり、右選挙時を基準としてある程度以前において右較差の拡大による投票価値の不平等状態が選挙権の平等の要求に反する程度に達していたと認められることは、先に昭和五八年大法廷判決の指摘したとおりである。のみならず、右選挙当時から本件選挙時まで右較差が漸次拡大の一途をたどつていたことは、毎年九月現在の選挙人名簿登録者数などによつて周知のところである。しかるに本件において、投票価値の不平等状態が違憲の程度に達した時から本件選挙までの間に右較差の是正が何ら行われることがなかつたことは、投票価値の不平等状態が違憲の程度に達したかどうかの判定は国会の裁量権の行使として許容される範囲内のものであるかどうかという困難な点にかかるものである等のことを考慮しても、なお憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかつたものと評価せざるを得ない……本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に反し、違憲と断定するほかはない」「本件議員定数配分規定は、その性質上不可分の一体をなすものと解すべきであり、憲法に違反する不平等を生ぜしめている部分のみならず、全体として違憲の瑕疵を帯びる」

（寺田、木下、伊藤、矢口補足）是正措置を急ぐべき、選挙の効力を否定することもありうる

（木戸口補足）事情判決のあと、そのまま選挙をしたら選挙を無効とするか、一定期間経過後の無効とすべき

（谷口反対）議員あたり選挙人数が全国平均から 50%以上乖離する選挙区は選挙無効を宣言すべし

【最大判平 5.1.20】衆議院議員定数不均衡（平 5・合理的期間内）[25000033]

平 2.2.18 施行衆院選選挙無効請求（最大 3.18 対 1、東京 5 区）→一審：棄却→上告：棄却

「投票価値の不平等は、選挙区の数人数又は人口と配分議員数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされる衆議院議員の選挙制度の下で、国会において通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般に合理性を有するものとは考えられない程度に達していた……投票価値の不平等に対する評価を異にするべき選挙制度の仕組みの変更その他右投票価値の不平等を正当化すべき特別の理由を見いだすことはできない」

前回選挙から 3 年 7 月、国勢調査確定後 3 年 3 月経過後であること、「人口の異動の結果、右較差が拡大する場合も縮小する場合もあり得るのに対し、国会が議員定数配分規定を頻繁に改正することは、政治における安定の要請から考えて、実際のでも相当でもないことを考慮する必要がある、また、本件選挙当時の選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差の最大値が昭和六一年選挙当時の較差の最大値と比べて著しく掛け離れたものでないことなどを総合して考察すると、本件において、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達した時から本件選挙までの間にその是正のための改正がされなかつたことにより、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと断定することは困難」

公選法改正時に、暫定措置で国勢調査結果確定後速やかに改正する旨の決議は次元を異にする。

（園部意見）定数配分が違憲ならその判断を理由に記すだけで、主文は棄却でよい。

（味村意見）可分説の立場から、東京 5 区は違憲状態ではなかつたとした。

（橋元反対）人口差の増大傾向からして、昭 61 改正で違憲を解消し合理的期間内だと言えない。

（中島反対）国勢調査後の是正を宣言したのに放置しているから合理的期間内とはいえない。

（佐藤反対）2 対 1 が限界であつて違憲。

（木崎反対）2 対 1 が限界。1 年以内には正しないと無効とする判決にすべき。

（小野反対）3 対 1 としても、早晚 3 倍を超えるのが分かっている以上、違憲が解消されたとはいえない。

【東京高判平 25.3.6】衆議院議員定数不均衡（2012・事情判決）[25500309]

平 24.12.16 施行衆院選選挙無効請求（最大 2.425 対 1、東京 1 区）→一審：違法宣言付棄却→上告中

1 人別枠方式を違憲とした前回判決後、定数削減を後回しにすれば不均衡の是正は可能だったとして、「憲法が要求している投票価値の平等に反する状態に至っていた本件選挙区割り、平成 2 3 年大法廷判決時点を起点と

して、その後、憲法上要求される合理的期間内における是正が行われぬまま本件選挙時に至ったと認める」

【札幌高判平 25.3.7】違憲宣言【広島高判平 25.3.26】広島 1・2 区違憲・条件付無効

【広島高岡山支判平 25.3.27】岡山 2 区違憲・即日無効

【最判平 25.11.20 民集 67-8-1503】衆議院定数不均衡(2012,合理的期間内)[H25 行ツ 209]

平等に反するが、合理的期間内として合憲判断

(鬼丸意見) できる限り 1 : 1 にすべきだが、合理的期間内で合憲

(大谷反対) (大橋反対) (木内反対) 事情判決

4. 参議院：比例区が存在・地域代表性・半数改選（→偶数定数）

【最大判平 8.9.11 民集 50-8-2283】参議院議員定数不均衡(1992・合理的期間内)[28011240]

平 4.7.26 施行参院選挙無効請求（最大 6.59 対 1、大阪府）→一審：違法宣言付棄却→上告：破棄（棄却）

都道府県が「歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し政治的に一つのまとまりを有する単位としてとらえ得ることに照らし……公職選挙法が定めた参議院議員の選挙制度の仕組みは、国民各自、各層の利害や意見を公正かつ効果的に国会に代表させるための方法として合理性を欠くものとはいえず、国会の有する立法裁量権の合理的な行使の範囲を逸脱するものであると断ずることはできない」から「その人口の異動が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量権の合理的な行使の範囲を逸脱するものであることを考慮してもその許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至る」本件選挙時の投票価値の不平等は極めて大きく、かつ選挙後の公選法改正で 4.99 倍に是正できたのだから「本件選挙当時の前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、前記のような参議院（選挙区選出）議員の選挙制度の仕組み、是正の技術的限界、参議院議員のうち比例代表選出議員の選挙については各選挙人の投票価値に何らの差異もないこと等を考慮しても、右仕組みの下においてもなお投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや到底看過することができないと認められる程度に達していたものというほかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見出せない以上、本件選挙当時、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ない」参議院における安定性の要請、是正に時間がかかること、これまで違憲としたことがなかったことからして、「議員一人当たりの選挙人数の較差が到底看過することができないと認められる程度に達した時から本件選挙までの間に国会が本件定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもって、その立法裁量権の限界を超えるものと断定することは困難」

(園部意見) 4 倍以上は違憲だが、判断にとどめ、主文は棄却で足りる。

(大野、高橋、尾崎、河合、遠藤、福田反対) 是正の動きがあったことから違憲状態は解消しえた

(尾崎追加反対) 当初は 2 倍以内だったから、5 倍でも OK というのはおかしい

(遠藤追加反対) 少なくとも 5 倍以内でなきゃダメ。

(福田追加反対) 参議院に独自性を持たせるにしても、投票権の平等は前提。

【最大判平 16.1.14】参議院非拘束名簿方式・定数不均衡（2001・合憲）[28090328]

平 13.7.29 施行参院選挙無効請求（最大 5.06 対 1、東京都）→一審：棄却→上告：棄却

多数説 1（町田、金谷、北川、上田、島田）投票価値が著しく不平等でない限り合憲。国会の裁量。

多数説 2（亀山、横尾、藤田、甲斐中）1 は国会の裁量を尊重しすぎ。一応改正で是正の努力をしたから合憲

反対説（福田、梶谷、深澤、濱田、滝井、泉）1 対 1 が理想（福田）、2 倍以上は違憲（その他）

【最大判平 16.1.14】参議院非拘束名簿方式（2001・合憲）[28090327]

平 13.7.29 施行参院選挙無効請求（比例区）→一審：棄却→上告：棄却

「代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政

の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の実情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない。我が憲法もまた、上記の理由から、国会の両議院の議員の選挙について、議員は全国民を代表するものでなければならないという制約の下で、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし（43条、47条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。このように、国会は、その裁量により、衆議院議員及び参議院議員それぞれについて公正かつ効果的な代表を選出するという目標を実現するために適切な選挙制度の仕組みを決定することができるものであるから、国会が新たな選挙制度の仕組みを採用した場合には、その具体的に定めたところが、国会の上記のような裁量権を考慮しても、上記制約や法の下での平等などの憲法上の要請に反するためその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになる」

直接選挙に反するというが「参議院名簿登載者個人には投票したいが、その者の所属する参議院名簿届出政党等には投票したくないという投票意思が認められないことをもって、国民の選挙権を侵害し、憲法15条に違反するものとまでいうことはできない。また、名簿式比例代表制の下においては、名簿登載者は、各政党に所属する者という立場で候補者となっているのであるから、改正公選法が参議院名簿登載者の氏名の記載のある投票を当該参議院名簿登載者の所属する参議院名簿届出政党等に対する投票としてその得票数を計算するものとしていることには、合理性が認められるのであって、これが国会の裁量権の限界を超えるものとは解されない」

【最大判平 21.9.30】参議院定数不均衡（2007・合憲）[25441254]

平 16.7.29 施行参院選挙無効請求（最大 4.86 対 1、東京都）→一審：棄却→上告：棄却

公選法改正で較差が若干縮小しており、「現行の選挙制度の仕組みを大きく変更するには、後に述べるように相応の時間を要することは否定できないところであって、本件選挙までにそのような見直しを行うことは極めて困難であったといわざるを得ない。以上のような事情を考慮すれば、本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものということとはできず、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできない」「見直しを行うについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が必要であり、事柄の性質上課題も多く、その検討に相応の時間を要することは認めざるを得ないが、国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、投票価値の平等が憲法上の要請であることにかんがみると、国会において、速やかに、投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて、適切な検討が行われることが望まれる」

（藤田補足）是正しないと違憲とする可能性もある。

（竹内補足・古田同調）合憲だが投票価値の平等より優先する正当な目的が何かははっきり示すべき

（金築補足）格差縮小には選挙制度の大幅見直しが必要ゆえ、いま違憲とはいえない

（中川反対）不平等が大きいから違憲

（那須反対）比例を含めて検討すべきだが、なお3倍なので違憲。比例を振り返るなどすれば大幅に軽減する

（田原反対）投票価値の不平等の合理的な理由を国会は説明していない。4倍以上ならば違憲である。

（近藤反対）4倍以内に収めようがない制度でいいのか。

（宮川反対）都道府県ごとの選挙は憲法の要請ではない。将来的に無効にすることもありうる

【最大判平 24.10.17】参議院定数不均衡（2010・合憲）[25444938]

平 19.7.11 施行参院選挙無効請求（最大 5.00 対 1、東京都）→一審：棄却→上告：棄却

「これらの事情を総合考慮すると、本件選挙が平成18年改正による4増4減の措置後に実施された2回目の通常選挙であることを勘案しても、本件選挙当時、前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない」前回判決後9月後の選挙ゆえ、改正への努力もあるから裁量権の限界を超えない。「単に一部の選挙区の定数を増減するにとどま

らず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」

(桜井補足・金築補足・千葉補足) 見直しをちゃんとしなさい。

(竹内意見) 違憲状態だが理由が違う。

(田原・須藤・大橋反対) 不平等で違憲。

5. 地方議会

【最大判昭 59.5.17】地方議会議員定数不均衡（東京都議会）[27000016]

昭 56.7.5 執行東京都議選挙無効請求（最大 7.45 倍、江戸川区）→一審：違法宣言付棄却→上告：棄却
直近の改正後なのに特別区間島部抜きで 7.45、特別区間でも 5.15、江戸川区は 4.52。

「定数配分規定の違憲、違法を理由として選挙を無効とする判決がなされたときは、これに従い、議会において速やかに違憲、違法の定数配分規定を改正した上、選挙管理委員会において改正規定に基づく適法な選挙を施行すべきが当然」「地方公共団体の議会の議員の選挙に関し、当該地方公共団体の住民が選挙権行使の資格において平等に取り扱われるべきであるにとどまらず、その選挙権の内容、すなわち投票価値においても平等に取り扱われるべきであることは、憲法の要求するところであると解すべきであり、このことは当裁判所の判例（前掲昭和五一年四月一四日大法廷判決）の趣旨とするところである。そして、公選法一五条七項は、憲法の右要請を受け、地方公共団体の議会の議員の定数配分につき、人口比例を最も重要かつ基本的な基準とし、各選挙人の投票価値が平等であるべきことを強く要求していることが明らかである。したがって、定数配分規定の制定又はその改正により具体的に決定された定数配分の下における選挙人の投票の有する価値に不平等が存し、あるいは、その後の人口の変動により右不平等が生じ、それが地方公共団体の議会において地域間の均衡を図るため通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、右のような不平等は、もはや地方公共団体の議会の合理的裁量の限界を超えているものと推定され、これを正当化すべき特別の理由が示されない限り、公選法一五条七項違反と判断されざるを得ない」

(藤崎反対) 却下すべき

【最大判平 3.4.23】地方議会議員定数不均衡（東京都議会）[27808495]

平 1.7.2 執行東京都議選挙無効請求（最大 3.09 倍、足立区）→一審：違法宣言付棄却→上告：棄却

- ・ 特例選挙区：人口が人口÷定数÷2 未満だと強制合区だが、特例で当分の間認められたもの

【最判平 5.10.22】地方議会議員定数不均衡（愛知県議会）[25000061]

平 3.4.7 執行愛知県議選挙無効請求（最大 5.02 倍）→一審：棄却→上告：棄却

「当該選挙区の人口を議員一人当たりの人口で除して得た数（以下「配当基数」という。）が〇・五を著しく下回る場合には、特例選挙区の設置を認めない趣旨であると解されるから、このような場合には、特例選挙区の設置についての都道府県議会の判断は、合理的裁量の限界を超えているものと推定する」北設楽郡・南設楽郡がそれぞれ配当基数 0.3122,0.3116 のまま特例選挙区だったのは「南設楽郡及び北設楽郡の右のような地理的、経済的状況やその行政需要などに照らし特例選挙区設置の必要性を判断し、地域間の均衡を図るための諸般の要素を考慮した上で、これらを特例選挙区として存置することを決定したものと推認することができる。そして、南設楽郡、北設楽郡の二選挙区の配当基数は、いまだ特例選挙区の設置が許されない程度にまでは至っていないものというべきであり、他に、愛知県議会が、平成二年改正後の本件条例において右の二選挙区を特例選挙区として存置したことが社会通念上著しく不合理であることが明らかであると認めるべき事情もうかがわれないから、同議会が、右の二選挙区を特例選挙区として存置したことは、同議会に与えられた裁量権の合理的な行使として是認することができる」それを除くと 2.84 倍で「愛知県議会において地域間の均衡を図るために通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達していたものと

はいえ、同議会に与えられた裁量権の合理的な行使」と認めた。

(藤島補足) 0.25 を下回ったら不可

(中島補足) 固定化しているから、県議会が安易に存置を継続すれば違法となりうる。

【最判平 1.12.21】地方議会議員定数不均衡（兵庫県議会） [27805394]

平 9.7.6 執行兵庫県議選無効請求（配当基数佐用郡 0.42 ほか） → 一審：違法確認付棄却 → 上告：棄却

佐用郡 0.42、城崎郡（日高町除く）0.45 は 0.5 をわずかに下回るのみで「特例選挙区は、島部選挙区のように地理的に極めて特殊な状況にあって、他の選挙区と合区することが著しく困難な選挙区であるなどの特別の事情がない限り、これを設置することはできない」という原告の主張を退けて特例選挙区を肯定。特例選挙区込みで 4.52 倍、除いて 3.81 倍。この後の改正で特例選挙区抜きで 2.80 倍となっており、また国勢調査の結果が出て 8 月あとだから適法。

【最判平 11.1.22】地方議会議員定数不均衡（東京都議会） [28040191]

平 9.7.6 執行東京都議選無効請求（千代田区配当基数 0.375） → 一審：棄却 → 上告：棄却

「千代田区が我が国の政治的、経済的中枢として担っている独自の意義、役割及び特別区制度における地域代表としての議員の必要性等を考慮して、これを公職選挙法二七一条二項に基づくいわゆる特例選挙区として存置することにしたというのである。千代田区選挙区の右配当基数はいまだ特例選挙区の設置が許されない程度には至っておらず、他に、東京都議会が、本件改正後の本件条例において千代田区選挙区を特例選挙区として存置したことが社会通念上著しく不合理であることが明らかであると認めるべき事情もうかがわれない。したがって、同議会が同選挙区を特例選挙区として存置したことは、同議会に与えられた裁量権の合理的な行使として是認することができるから、本件改正後の本件条例が千代田区選挙区を特例選挙区として存置したことは適法である」

特例選挙区以外は 2.15 倍、含めても 3.95 倍、顕著な逆転現象は 2 通りのみゆえ適法

(福田反対) 十分な必要性の証明もなく違法。

第3編 統治機構論

第1章 国会

第1節 権力分立

第1款 思想的系譜

1. 権力分立：国家権力を分割・別個の国家機関に担当させ独立・相互抑制で権力腐敗・濫用を防止
 - ・ ロック：立法権・執行権・同盟権（外交・軍事）に分け、立法権を議会、残りを国王に
 - ・ モンテスキュー：立法・執行・司法に分け、それぞれを別個に帰属させる

第2款 現代の特徴

1. 政治部門の分離
 - ・ アメリカ型：行政・立法の厳格な分離
 - ・ イギリス型：抑制・均衡関係を重視してゆるやかな分離
2. 現代の特徴
 - ・ 行政権の優越傾向：行政権の膨張・立法権の相対的地位低下
 - ・ 立法・行政の抑制・均衡機能の形骸化：同一政党が立法部の多数と行政部を占め、協働関係に
 - ・ 司法部への期待：政治部門への抑制、民主主義とのバランスと権利保障
3. 民主主義と自由主義
 - ・ 国民主権：国会>内閣>裁判所 ⇔ 権力分立：国会・内閣・裁判所は同格
→基本的人権尊重のため統治機構を作り、効率的統治のため権力を分割した（通説）
←そもそも国家作用・国家権力は1つか、3分割でないといけないのか
国会は結局「人の支配」⇔裁判所は「法の支配」
4. 日本国憲法での相互抑制
 - ・ 立法→行政：内閣総理大臣指名(§67)、内閣信任・不信任決議 (§69)、臨時会召集要求(§53)
 - ・ 立法→司法：裁判官の弾劾(§64)
 - ・ 行政→立法：国会の召集(§7:2,53,54)、衆議院の解散 (§69,7:3)
 - ・ 行政→司法：最高裁判所長官指名(§6:2)、裁判官任命(§79-1,80-1)
 - ・ 司法→立法・行政：違憲審査権(§81)

第2節 国会の性格と地位

第1款 国民の代表機関（前文,43条1項）

1. 「代表」の意味

- ・ 前文：…その権力は国民の代表者がこれを行使し…
- ・ 43条1項：両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する
- ・ 政治的代表：選挙を除くと国民と国会の間に何ら法的関係がないから（≠法的代表）
 - * 選挙区など特定の支持母体の代表ではなく、全国民の代表である
 - * 議員は民意から独立して議会で発言・表決し、選出母体に拘束されない（自由委任の原則）
- ・ 社会学的代表：民意と国会の構成は事実上類似しているという状態（←選挙）
→民意を歪曲する選挙制度は不可。自由委任の原則は民意を顧慮することは禁じないので両立

2. 「代表」の意味の理解

- ・ ナシオン主権的理解：全国民の代表で個々の選挙民の意思を顧慮すべきでない → 「純粹代表」
- ・ プーブル主権的理解：有権者の意思の反映・代弁を規範的要請とする → 「半代表」
→日本は選挙による脅しがあるので、修正された「半代表」 → 罷免不可（通説）
 - * 直接民主制の評価：プーブル主権は肯定的、ナシオン主権は弊害の是正になる限りで認容

第2款 国権の最高機関（41条前段）

1. 「国権の最高機関」の意味

- ・ 41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である
- ・ 統括機関説（初期）：明治憲法下の天皇に代わり国政全般を運営する地位、権限分配機関
←「統括」の意味があいまい、明治憲法の受け売り、所属不明の権限があるのか
統括機能は国民が果たす、国会を他の2権に優越させてよいのか
- ・ 政治的美称説（通説）：権力分立原理の強調 ← 国民主権原理を美称で片づけてよいのか
- ・ 総合調整機能説：他機関と並列だが国政の総合的調整作用を行う
→帰属不明の権限は国会に推定される ←帰属不明の権限は国民に推定、実質的に通説と同じ
- ・ 最高地位責任説（終局的決定機関説）
：国政の円滑な運営への配慮、憲法改正発議など国政全般に最高の責任を負う
→帰属不明権限の推定、国家書記官の権能・相互関係の解釈準則になる ← 上と同じ批判
←権力分立原理から行政は内閣、司法は裁判所に最終決定権があるはず

第3款 唯一の立法機関 (41条後段,59条1項)

1. 立法の概念

- ・ 形式的意味の立法：内容によらず国会が所定の手続きで制定する国法の一形式（法律）の制定
- ・ 実質的意味の立法：法形式に関わらず一定の内容（義務賦課・権利制限）を持つ規範の定立
→形式的意味の立法によると41条は同語反復になるので、実質的意味の立法

2. 41条にいう立法の意味

- ・ 狭義（一般的権利制限説）
→不特定多数の人や事例に適用される一般的抽象的規範で国民の権利を制限し義務を課す規範
例：戦前の褒章条例を政令で改正（1955）∴栄転授与は権利の制限にあたらぬ
* 立法裁量は精神的自由権の制限では狭く、財産権では広い
- ・ 中間（市民生活規範説）→国家と市民生活の関係を規律する一般的抽象的規範の定立
- ・ 広義（一般的規範説）→およそ一般的抽象的な規範定立はすべて国会の立法権能（通説）
※対象を限定し一般性を欠く立法（極端には private acts:ある個人を名指しする法規）
→ 現代では国家の積極的介入が必要なのでただちに違憲でない

3. 「唯一の立法機関」の意味

- ・ 国会中心立法の原則：国会による以外の立法は原則許されない
←例外：各議院の議員規則制定権(§58-2)、最高裁の規則制定権(§77-1)
内閣の政令定立権(§73:6)、地方公共団体の条例制定権(§94)
* 委任立法：基本的に許容されるが、白紙委任は不可。国家公務員法 102-1 は白紙委任が通説
- ・ 国会単独立法の原則：国会による立法は他の機関の参与がなくとも完結する(§59-1)
59条1項：法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる
←例外：地方自治特別法の住民投票(§95)
* 内閣の法案提出権：合憲
∴法案提出は不可欠要素だが立法そのものではない→国会の独占不要
∴首相の議案提出権に含まれる(§72→内閣法§5：内閣の法律案の提出権)
* 議院の法案提出権：41条後段から当然に認められる
* 法律の公布(§7:1)、主任大臣の署名、首相の連署：効力に無関係（執行責任の明確化）

第3節 国会の組織と選出

第1款 二院制 (42,48,59-2~4,60,61,67-2,69 条)

1. 二院制:独立して意思決定する2つの合議体で議会を構成し原則両議院が意思決定に加わる制度
 - ・ 42 条 : 国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する
 - ・ 原則は民選の第一院とそれと異なる原理で組織された第二院という構造
 - 第1院の専制抑止、軽率な行為・過誤の回避、急変化の緩和、政治性の希薄化
 - * 貴族院型 (イギリス・戦前日本) : 任命型第二院の名残。第二院はほぼ名目化
 - * 連邦型 (米、独、露) : 連邦構成国・州の代表が利害調和をはかる
 - * 民主的第二次院型・多角的民意反映型 : 選挙制度を変えるなど
2. 活動の原則 : 両議院の活動は同時にかつ相互に独立して行われる
 - ・ 同時活動の原則 : 両議院は同時に召集され、開会・閉会する (§54-2 : 衆院解散時の参院閉会)
 - ←例外 : 参議院の緊急集会
 - ・ 独立活動の原則 : 各議員が独立して審議・議決を行う (§56 : 定足数はこれを前提する)
 - ←例外 : 両院協議会
 - ・ 兼職禁止 (§48) : 主に権力集中を避けるため

48 条 何人も、同時に両議院の議員たることはできない
3. 衆議院の優越 : 任期が短い、解散がある→より民意に密着している
 - ・ 議決の効力における優越 : 意思が一致しないとき衆議院の意思を優越させる
 - 法律案 (§59-2~4) : 参 60 日議決なし→否決扱い、特別多数決で成立、両院協議会は任意
 - 59 条 2 項 : 衆議院で可決し、参議院でこれと異なつた議決をした法律案は、衆議院で出席議員の三分の二以上の多数で再び可決したときは、法律となる
 - 3 項 : 前項の規定は、法律の定めるところにより、衆議院が、両議院の協議会を開くことを求めることを妨げない
 - 4 項 : 参議院が、衆議院の可決した法律案を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて六十日以内に、議決しないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる
 - 予算・条約 (§60-2,61) : 参 30 日議決なし・両院協議会(義務)不一致→衆の議決
 - 60 条 2 項 : 予算について、参議院で衆議院と異なつた議決をした場合に、法律の定めるところにより、両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき、又は参議院が、衆議院の可決した予算を受け取つた後、国会休会中の期間を除いて三十日以内に、議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする
 - 61 条 : 条約の締結に必要な国会の承認については、前条第二項の規定を準用する
 - 内閣総理大臣指名 (§67-2) : 参 10 日議決なし・両院協議会(義務)不一致→衆の議決
 - 67 条 2 項 : 衆議院と参議院とが異なつた指名の議決をした場合に、法律の定めるところにより、両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき、又は衆議院が指名の議決をした後、国会休会中の期間を除いて十日以内に、参議院が、指名の議決をしないときは、衆議院の議決を国会の議決とする
 - * 両院協議会 : 衆議院優越発動前にできるだけ一致した議決を図る
 - 協議案は 2/3 の多数で成案となり、修正は不可で各議員は可否のみを決する (国会法 92,93)
 - ←義務的 (§60-2,61-67-2)、衆議院判断 (§59-3)、先議議院の要求 (国会議決案件:国会法 87)
 - ・ 権限範囲における優越 : 衆議院だけの権限

→予算の衆議院先議権(§60-1)、内閣不信任(§69)

60条1項：予算は、さきに衆議院に提出しなければならない

69条：内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない

・憲法上優越規定のない事項の権限

* 対等：皇室財産の授受、予備費の支出に関する事後的な承諾(§8,87-2 関連)

* 衆議院優越：会期延長（国会法 13）、会計検査院検査官任命（旧法下）

第2款 選挙制度（43-2,45~47,54-1）

1. 選挙制度・定数は法律で定める(§43-2,47)、議員の任期(§45,46)

・総選挙は解散後 40 日以内に実施(§54-1)

43条2項：両議院の議員の定数は、法律でこれを定める

45条：衆議院議員の任期は、四年とする。但し、衆議院解散の場合には、その期間満了前に終了する

46条：参議院議員の任期は、六年とし、三年ごとに議員の半数を改選する

47条：選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める

54条1項：衆議院が解散されたときは、解散の日から四十日以内に、衆議院議員の総選挙を行ひ、その選挙の日から三十日以内に、国会を召集しなければならない

2. 衆議院（480=300+180）

・1925 男子普通選挙制～大選挙区制（中選挙区制）

・1994 小選挙区比例代表並立制（1996～実施）※2000 公選法改正：比例復活 10%ルール導入

3. 参議院（242=146+96）

・創設～地方区+全国区

・1982 拘束名簿式比例代表制導入、地方区は選挙区に改名

・2000 公選法改正：非拘束名簿式導入

第3款 政党

1. 政党：政治上の意見が共通する者が作る結社、政権を担う基盤（根拠は21条）
 - ・ トリーペルの4段階説（国家と政党の関係） 敵視→無視→承認及び法制化→憲法的編入
 - ＊ 政党の均質化（キャッチオール・パーティー）
 - ・ 日本における存在感ある政党の成立：普通選挙制後の大衆政党の登場
→1948 政治資金規正法で政党を定義→1982 公選法改正（参院比例代表導入で選挙に組み込み）
→1994 公選法改正（衆院比例代表導入、政党中心の選挙活動） + 政党交付金導入

【最大判昭 45.6.24】八幡製鉄所政治献金事件[前掲 27000715]

「憲法は、政党の存在を当然に予定している……政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素」

2. 政党助成法…政党に特定の立場を前提させたり、内部自治に干渉すれば結社の自由侵害
←支持しない自由、現職議員のある党のみ
3. 議員と政党

- ・ 党議拘束：自由委任の枠外で命令委任の禁止に反しない（多数） ←あまり厳格だかどうか？
∴政党に所属しその指示に従うことで国民代表としての職務をよりよく果たし得るから

・ 比例代表制と議員

- ＊ 現職議員は除名・離党で失職させられるか

→議員は全国民の代表ゆえ違憲（有力）

→政党に対する支持を表明する制度で名簿登載により当選するから合憲

→除名の場合は違憲、離党の場合は合憲（折衷説）

- ＊ 除名により比例名簿から削除されると繰り上げ当選できるか：できない

←比例名簿は有権者に公表したものであり、政党の寡頭支配を招くのでは

【最判平 7.5.25】日本新党松崎事件[27827101]

繰上当選無効確認請求→一審：認容（除名は民主的・公正な手続でなく無効）→上告：破棄自判（請求棄却）

「法は、選挙会が名簿届出政党等による除名を理由として名簿登載者を当選人となり得るものから除外するための要件として、前記の除名届出書、除名手続書及び宣誓書が提出されることだけを要求しており、それ以外には何らの要件をも設けていない。したがって、選挙会が当選人を定めるに当たって当該除名の存否ないし効力を審査することは予定されておらず、法は、たとえ客観的には当該除名が存在し又は無効であったとしても、名簿届出政党等による除名届に従って当選人を定めるべき」「法が名簿届出政党等による名簿登載者の除名について選挙長ないし選挙会の審査の対象を形式的な事項にとどめているのは、政党等の政治結社の内部的自律権をできるだけ尊重すべきものとしたことによるもの」「参議院（比例代表選出）議員の選挙について政党本位の選挙制度である拘束名簿式比例代表制を採用したのは、議会制民主主義の下における政党の役割を重視したことによるもの……政党等の政治結社は、政治上の信条、意見等を共通にする者が任意に結成するものであって、その会員である党员等に対して政治的忠誠を要求したり、一定の統制を施すなどの自治機能を有するものであるから、各人に対して、政党等を結成し、又は政党等に加入し、若しくはそれから脱退する自由を保障するとともに、政党等に対しては、高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をすることのできる自由を保障しなければならないのであって、このような政党等の結社としての自主性にかんがみると、政党等が組織内の自律的運営として党员等に対してした除名その他の処分の当否については、原則として政党等による自律的な解決にゆだねられている……政党等から名簿登載者の除名届が提出されているにもかかわらず、選挙長ないし選挙会が当該除名が有効に存在しているかどうかを審査すべきものとするならば、必然的に、政党等による組織内の自律的運営に属する

事項について、その政党等の意思に反して行政権が介入することにならざるを得ないのであって、政党等に対し高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をすることのできる自由を保障しなければならないという前記の要請に反する事態を招来することになり、相当ではない」「名簿届出政党等による名簿登載者の除名が不存又は無効であることは、除名届が適法にされている限り、当選訴訟における当選無効の原因とはならない」

第4節 議員の地位と特権

第1款 議員の地位と権能

1. 議員の地位（資格喪失事由）

- ・ 憲法に規定・規定に関係：被選挙権喪失(§44、国会 109 ほか)、任期・解散(§45,46)、両院の兼務禁止(§48)、資格争訟裁判で資格なし(§55)、懲罰として除名(§58)
- ・ 憲法に規定のないもの：兼職不可の職に就職(国会 39)、選挙無効・当選無効の裁判確定(公選法 204-220)、辞職(国会 107)、比例代表選出議員が党を移る(公選法 99/2,国会法 109/2)

【最大判昭 37.3.14】連座制合憲判決[昭 36 才 1106]

広島県議選当選無効→一番：認容→上告棄却

「昭和二十九年一月法律二〇七号による公職選挙法の改正により「当選人が選挙運動を総括主宰した者の選任及び監督につき相当の注意をしたとき」等を免責事由から削除して、いわゆる連座制の規定を強化したことは所論のとおりであるが、右連座制の強化は、ひつきよう、公職選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明且つ適正に行われることを確保し、その当選を公明適正なる選挙の結果となすべき法意に出でたるものと解するを相当とする。ところで、選挙運動の総括主宰者は、特定候補者のために、選挙運動の中心となつて、その運動の行われる全地域に亘り、その運動全般を支配する実権をもつものであるから、その者が公職選挙法二五一条の二掲記のような犯罪を行う場合においては、その犯罪行為は候補者の当選に相当な影響を与えるものと推測され、またその得票も必ずしも選挙人の自由な意思によるものとはいえない。従つてその当選は、公正な選挙の結果によるものとはいえないから、当選人が総括主宰者の選任及び監督につき注意を怠つたかどうかにかかわらず、その当選を無効とすることが、選挙制度の本旨にもかなう所以であるといわなければならない」

【最判平 9.3.13】拡大連座制合憲判決[平 8 行ツ 193]

青森県議選当選無効+立候補禁止請求→一番：認容→上告棄却

公選法 251/3-1 は「組織的選挙運動管理者等が、買収等の所定の選挙犯罪を犯し禁錮以上の刑に処せられた場合に、当該候補者等であった者の当選を無効とし、かつ……五年間当該選挙に係る選挙区(選挙区がないときは、選挙の行われる区域)において行われる当該公職に係る選挙に立候補することを禁止する旨を定めている。右規定は、いわゆる連座の対象者を選挙運動の総括主宰者等重要な地位の者に限っていた従来の連座制ではその効果が乏しく選挙犯罪を十分抑制することができなかつたという我が国における選挙の実態にかんがみ、公明かつ適正な公職選挙を実現するため、公職の候補者等に組織的選挙運動管理者等が選挙犯罪を犯すことを防止するための選挙浄化の義務を課し、公職の候補者等がこれを防止するための注意を尽くさず選挙浄化の努力を怠つたときは、当該候補者等個人を制裁し、選挙の公明、適正を回復するという趣旨で設けられたもの」この「規定は、このように、民主主義の根幹をなす公職選挙の公明、適正を厳粛に保持するという極めて重要な法益を実現するために定められたものであって、その立法目的は合理的……組織的選挙運動管理者等が買収等の悪質な選挙犯罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときに限って連座の効果を生じさせることとして、連座制の適用範囲に相応の限定を加え、立候補禁止の期間及びその対象となる選挙の範囲も前記のとおり限定し、さらに、選挙犯罪がいわゆるおとり行為又は寝返り行為によってされた場合には免責することとしているほか、当該候補者等が選挙犯罪行為の発生を防止するため相当の注意を尽くすことにより連座を免れることのできるみちも新たに設けているのである。そうすると、このような規制は、これを全体としてみれば、前記立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものというべき……憲法前文、一条、一五條、二一條及び三一條に違反するものではない」

2. 議員の権能

- ・ 臨時会召集要求権(§53) 議案に関する質疑・討論・表決権(§59)、表決の会議録記載要求権(§57-3)、議案の発議権・修正動議提出権(国会 56-1,57,57/2)、内閣に対する質問権(国会 74-76)

第2款 特権(49-51条)

1. 会期中の不逮捕特権(§50) : 行政の圧力防止

- ・ 50条：両議院の議員は、法律の定める場合を除いては、国会の会期中逮捕されず、会期前に逮捕された議員は、その議院の要求があれば、会期中これを釈放しなければならない
→国会 33：例外を議院の許諾がある場合と現行犯逮捕の場合とする
- ・ 対象：刑訴法上の逮捕・勾引・勾留に限らず、公権力によるすべての身体拘束を指す
→身体拘束を伴わない訴追、確定判決による自由刑執行は妨げない
- ・ 議院の許諾の判断基準 ← 基準がないと多数派の恣意がありうるから
A：逮捕理由が正当か否か : 行政の圧力防止が本規定の意義 (多数)
→逮捕許諾に条件や期限は付けられない (消極説)
B：逮捕により議院の活動が妨げられないか否か : 議院が正当性を判断しているのか (有力)
→逮捕許諾に条件や期限を付けられる (積極説・通説)

【東京地決昭 29.3.6】判例 (期限付き逮捕許諾はできない) [27760446]

勾留の裁判 (罪名：贈賄・造船疑獄) →準抗告：棄却

2/23 本会議で 3/3 までの期限付き逮捕許諾。2/24 逮捕、2/26 勾留。勾留状の期限が 3/3 でないため準抗告。不逮捕特権は「国の立法機関である国会の使命の重大である点を考慮して、現に国会の審議に当たっている議院の職務を尊重し、議員に犯罪の嫌疑がある場合においても苟も犯罪捜査権或は司法権の行使を誤り又はこれを濫用して国会議員の職務の遂行を不当に阻止妨害することのないよう、院外における現行犯罪等逮捕の適法性及び必要性の明確な場合を除いて各議院自らに所属議員に対する逮捕の適法性及び必要性を判断する権能を与へたもの……逮捕が適法にしてその必要性の明白な場合においても尚国会議員なるの故をもつて適正なる犯罪捜査権或は司法権行使を制限し得るものではない。このことは院外における現行犯罪の場合には議院の許諾なくして逮捕し得るものとしていることによつて明瞭」「かくの如く議院の逮捕許諾権は議員に対する逮捕の適法性及び必要性を判断して不当不必要な逮捕を拒否し得る権能であるから、議員に対しては一般の犯罪被疑者を逮捕する場合よりも特に国政審議の重要性の考慮からより高度の必要性を要求することもあり得るから、このような場合には尚これを不必要な逮捕として許諾を拒否することも肯認し得るけれども、苟も右の観点において適法にして且必要な逮捕と認める限り無条件にこれを許諾しなければならない。随つて議員の逮捕を許諾する限り右逮捕の正当性を承認するものであつて逮捕を許諾しながらその期間を制限するが如きは逮捕許諾権の本質を無視した不法な措置」期限付き許諾ができるなら現行犯でも拒否・制限を加え得るはず「以上の理由により逮捕を許諾しながらその逮捕の期間を制限することは違法」「憲法が刑事訴訟法に優位するものであることは云うまでもないが、そのことから直ちに憲法所定の議院の逮捕許諾権が刑事訴訟法の規定を無視した法的措置を要求し得る権能であると速断することはできない。議院の逮捕許諾があつてはじめて刑事訴訟法所定の逮捕が可能となるのであるから、逮捕許諾権は刑事訴訟法に優位する権能であるとも考へることも誤りである。議院の逮捕許諾権は憲法及び法律に定める手続によつて逮捕することを許諾するか否かを決定する権能であつて、憲法及び法律に定める逮捕以外の方法により逮捕を許諾し又はこれを要求する権能ではない。本件有田二郎の逮捕許諾においてその逮捕期間を制限した点は逮捕許諾権の本質を誤り刑事訴訟法を無視した法的措置を要求するものであつて無効」

2. 発言・表決に関する免責特権(§51) : 議院の自由な言論活動を最大限に保護

- ・ 51条：両議院の議員は、議院で行つた演説、討論又は表決について、院外で責任を問はれない
- ・ 対象：委員会、両院協議会、地方公聴会など議院の活動はすべて
→例外：国務大臣等としての発言、やじ、議院外での犯罪行為の証拠として使うだけ

【東京高判昭 34.12.26】 昭電栗栖事件二審[27670193]

収賄等→一審不明→控訴：一部有罪→上告

「検事が被告人の衆議院における発言を記載した衆議院の会議録の抄本を公訴を維持する資料として原審公判に提出した点については、憲法第五十一条は、両議院の議員が、各その議院で行った発言等そのものを対象として、院外において民事、刑事責任を問われることがないとの趣旨を表わしたものと解せられるのであつて、議員の院内における発言を証拠としてその議員の院外における犯罪行為を処罰することまでも禁止したものと解することができないばかりでなく、右衆議院の会議録に顕われた被告人の発言は、國務大臣としての発言と解せられ、参議院議員としての発言とは認められないものであるから、検事の右行為を目して同条に違反するものといふことはできない」

- ・ 演説、評論又は表決：例示であつて職務に付随する一体不可分の行為は広く含まれる

【東京地判昭 37.1.22】 第一次国会乱闘事件[27700235]

公務執行妨害・傷害→一審：無罪

「本条の免責特権が前述のような立法の目的および趣旨によつて国会議員に付与されたものであることに鑑みるときは、その特権の対象たる行為は同条に列挙された演説、討論または表決等の本来の行為そのものに限定せらるべきものではなく、議員の国会における意見の表明とみられる行為にまで拡大されるべきことは既に前記(二)で述べたように宮沢教授の学説等によつてもこれを肯認すべきものといわなければならない。そしてかような考え方を推し進めるときは、前記齋藤教授の学説のように議員の職務執行に附随した行為にもこれが及ぶという考えも一概にこれを排斥することできない」

「いわゆる附随行為の中には次のような種々のものが存するからその間に多少の差異を設けることが必要

(A) 本条の特権の対象となつている行為そのものを為すに当たつて当然その手段若しくは前提となり或はその結果たる行為 (B) 右の行為には当たらず対象行為を為すについて通常随伴するもので適式なものとは言えないが、放任された行為 (C) 右以外の行為で、対象行為に通常随伴するものとは言えないが、その行為をするに際して行為者の意思により随伴的に為された行為で、このうちさらに次の二種類がある。(a) 職務行為を効果あらしめようとしてその内容を充実、もしくは拡大させるため或はこれを強調する行為 (b) 職務行為をするに際しこれと無関係になす別個の行為」→ (A) は保護され、(B) と (C) (a) も犯罪行為にもならない。

51条は刑法の人に対する効力の問題で刑訴法上の問題とは言えない(審理はせざるをえない)

→ 2名は故意がないとして無罪、1名は1件の公執妨害の事実を認めつつ可罰性違法性を欠くとした(衛視によって守られるべき議員による暴行という点にも言及)「世界観の相違やこれに基く政策上の方針等により国会運営の衝に当る本会議の議長とか或は常任委員会の委員長らに対してその公務の執行を妨害し、よつて国会の正常な運営、審議等を妨害せんとするが如きは議会政治を破壊するものとして到底これを容認できないけれども、本件における被告人らの行動はすべていささかも国会の正常な審議を妨害せんとする意図に出たものではないことは既に当裁判所の事実審理の結果明らかにされたところである」

- ・ 院外で責任を問はれない：民事・刑事上の免責

* 絶対説：どのような内容であつても絶対に免責される(従来通説)

* 相対説：一般市民の名誉権を侵害する場合など、議員は無理でも国には賠償責任を問いうる

【最判平 9.9.9】 院内発言名誉棄損事件[前掲 28021761]

国賠請求と衆議院議員に対し民法の不法行為に基く損害賠償請求

「本件発言は、国会議員である被上告人竹村によつて、国会議員としての職務を行うにつきされたものであることが明らかである。そうすると、仮に本件発言が被上告人竹村の故意又は過失による違法な行為であるとしても、被上告人国が賠償責任を負ふことがあるのは格別、公務員である被上告人竹村個人は、上告人に対してその責任を負わないと解すべきである。したがつて、本件発言が憲法五一条に規定する「演説、討論又は表決」に該当す

るかどうかを論ずるまでもなく、上告人の被上告人竹村に対する本訴請求は理由がない」

「憲法五一条は……国会議員の発言、表決につきその法的責任を免除しているが、このことも、一面では国会議員の職務行為についての広い裁量の必要性を裏付けているといえることができる。もっとも、国会議員に右のような広範な裁量が認められるのは、その職権の行使を十全ならしめるという要請に基づくものであるから、職務とは無関係に個別の国民の権利を侵害することを目的とするような行為が許されないことはもちろんであり、また、あえて虚偽の事実を摘示して個別の国民の名誉を毀損するような行為は、国会議員の裁量に属する正当な職務行為とはいえない」 「国会議員が国会で行った質疑等において、個別の国民の名誉や信用を低下させる発言があったとしても、これによって当然に国家賠償法一条一項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が生ずるものではなく、右責任が肯定されるためには、当該国会議員が、その職務とはかかわりなく違法又は不当な目的をもって事実を摘示し、あるいは、虚偽であることを知りながらあえてその事実を摘示するなど、国会議員がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要とする」

3. 歳費受領権(§49) ∴資産のない者も議員として活動できるようにするため

- ・ 49 条：両議院の議員は、法律の定めるところにより、国庫から相当額の歳費を受ける
→国会法 35：一般職の国家公務員の最高より少なくない額+文書通信費、旅費等

第5節 国会の活動

第1款 会期（52-54条）

1. 会期：議会その他の議事機関が活動できる期間 → 憲法は会期制を予定（⇔常設制）
 - * 常会(§52)：年1回、会期延長は1回
 - * 臨時会(§53)：内閣決定 or いずれかの院の1/4以上の要求、会期延長は2回
 - * 特別会(§54-1)：総選挙から30日以内、首班指名、会期延長2回まで
 - * 緊急集会(§54-2)：衆院解散中に内閣の要求、国会開会后10日以内の衆院同意が必要
 - ←緊急の必要という暫定措置ゆえ憲法改正発議や内閣総理大臣の指名は不可

52条：国会の常会は、毎年一回これを召集する

53条：内閣は、国会の臨時会の召集を決定することができる。いずれかの議院の総議員の四分の一以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない

54条1項：衆議院が解散されたときは、解散の日から四十日以内に、衆議院議員の総選挙を行ひ、その選挙の日から三十日以内に、国会を召集しなければならない

2項：衆議院が解散されたときは、参議院は、同時に閉会となる。但し、内閣は、国に緊急の必要があるときは、参議院の緊急集会を求めることができる

3項：前項但書の緊急集会において採られた措置は、臨時のものであつて、次の国会開会の後十日以内に、衆議院の同意がない場合には、その効力を失ふ
2. 会期不継続の原則：会期中に議決に至らないと廃案(国会68、例外：閉会中審査、懲罰事犯)
→少数派の保護
3. 一事不再議の原則：議決した案件は同一会期中は再審議しない（明治憲法には規定あり）
→合議体の運営における合理的ルール、例外：参議院の再可決

第2款 審議・表決 (56,57,63条)

1. 定足数(§56-1)：総議員は法定議員か現在議員か
 - ・ 56条1項：両議院は、各々その総議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き議決することができない
 - ・ 法定議員説：定足数一定、低めの定足数を更に緩和せずに済む ← 欠員の問題 (先例)
 - ・ 現在議員説：欠員を考慮可能 ← 定足数変動、意思決定がより少数議員で可能
2. 表決数・議長の決裁権(§56-2)：議事手続きは裁判所が審査し得るかは争いあり
 - ・ 56条2項：両議院の議事は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、出席議員の過半数でこれを決し、可否同数のときは、議長の決するところによる
 - ・ 議長や弾劾裁判所裁判員の選挙→複数名選出の選挙までは要求されない (解釈)
→議長・副議長は過半数、複数名選出選挙は比較多数 (衆参規則)
 - ・ 白票等：出席議員に、棄権は除き、無効・白票は含む (先例) ← 議院の自律 (通説)
 - ・ 例外 (特別の定)
 - * 出席議員の2/3：議員資格争訟の資格喪失の判決(§55但)、秘密会とする決定(§57-1但)、懲罰による除名(§58-2但)、衆議院の再議決(§59-2)
 - * 各議院の総議員の2/3：憲法改正の発議(§96-1)
3. 国務大臣の出席・答弁責任(§63)
 - ・ 63条：内閣総理大臣その他の国務大臣は、両議院の一に議席を有すると有しないとにかかはらず、何時でも議案について発言するため議院に出席することができる。又、答弁又は説明のため出席を求められたときは、出席しなければならない
4. 会議の公開等(§57)：公開・秘密会(#1)、会議録の保存・公表・頒布(#2)、表決記載(#3)
 - ∴ 審議の原則、情報公開による国民の監視・コントロール：秘密会は実績なし
 - ・ 1項：両議院の会議は、公開とする。但し、出席議員の三分の二以上の多数で議決したときは、秘密会を開くことができる
 - ・ 2項：両議院は、各々その会議の記録を保存し、秘密会の記録の中で特に秘密を要すると認められるもの以外は、これを公表し、且つ一般に頒布しなければならない
 - ・ 3項：出席議員の五分の一以上の要求があれば、各議員の表決は、これを会議録に記載しなければならない

第6節 国会と議院の権能

第1款 国会の権能 (61,64条)

1. 国会の権能: 憲法改正の発議・提案権(§96-1)、法律の議決権(§59)、条約の承認権(§73:3,61)、内閣総理大臣の指名権(§6-1,67-1)、弾劾裁判所設置権(§64-1)、財政統制権(§83~91,60,73:5)、皇室財産授受の議決権(§8)
2. 条約の承認権(§73:3,61): 事前又は事後(原則事前)の国会の承認、議決方法は予算と同じ
 - ・承認を要する条約についての政府見解
 - * 必要: 法律事項を含む国際約束、財政事項を含む国際約束、批准が要件
 - * 不要: 承認済み条約/国内法/議決済予算の範囲内で実施し得る国際約束
 - ・承認を得ていない条約 → 条約は締結されず効力を生じない(通説)
 - ・事後承認を得られない条約 → 国際法上の効力は有効説/無効説/条件付無効説
 - * 有効説: 国際法上の効力は国際法上の手続に則っていれば足り、国際法上の法的安定性が損う
 - * 無効説: 承認の法的効力が事前・事後で異なるのは不当、国会の承認が必要なのは常識
 - * 条件付無効説: 諸外国に周知の憲法上の手続に反した場合のみ無効(有力)
 - ・国会による条約の修正 → できない(通説)、した場合は否決+再交渉勧告とする
3. 弾劾裁判所設置権(§64,78): 国会から独立した常設機関で閉会中も活動可能
 - ・1項: 国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院の議員で組織する弾劾裁判所を設ける
 - ・2項: 弾劾に関する事項は、法律でこれを定める
 - ・78条: 裁判官は……公の弾劾によらなければ罷免されない
 - ・弾劾裁判所(衆参7名ずつ)、訴追委員会(10名ずつ): 各院が選挙し兼職禁止
 - ・訴追委員会の訴追→弾劾裁判所の裁判。それぞれ独立して職権を行使する
→裁判は過半数だが、罷免の裁判には2/3多数必要。これまで8件訴追、6件6名罷免

第2款 議院の権能 (50,55,58,62条)

1. 議院の自律権(50,55,58条)

・ 内部組織に関する自律権

* 役員選任権(§58-1) : 役員は議長、副議長、仮議長、常任委員長、事務総長(国会法 16)

58条1項 : 両議院は、各々その議長その他の役員を選任する

※衆参とも事務局・法制局を附属機関として有する (国会図書館は共同で1つ)

* 資格争訟裁判権(§55) : 被選挙権がない or 兼職禁止職務に就いている場合 → 司法救済不可

55条 : 両議院は、各々その議員の資格に関する争訟を裁判する。但し、議員の議席を失はせるには、出席議員の三分の二以上の多数による議決を必要とする

* 議院の逮捕許諾権・釈放要求権(§50)

・ 運営に関する自律権

* 議院規則制定権(§58-2) : 国会法と重複がある場合の優先関係、明治憲法は法律優先の明文

→国会法優位説 (法律の方が成立要件が厳しいから、従来通説)

→議院規則優位説 (衆院の優越・内閣の法案提出権から参院・国会の自律性を保護、近時有力)

* 議員懲罰権 (§58-2) : 戒告・陳謝・一定期間の登院禁止・除名 (国会 122) →司法審査不可

58条2項 : 両議院は、各々その会議その他の手続及び内部の規律に関する規則を定め、又、院内の秩序をみだした議員を懲罰することができる。但し、議員を除名するには、出席議員の三分の二以上の多数による議決を必要とする

2. 国政調査権(62条)

・ 独立権能説 : 国権統括の手段ゆえ、国政に関するものは何でもよい (通説)

・ 補助的権能説 : 立法活動の補助的機能のみに限る

←将来の立法準備といえ、基本的にはすべて対象になるので、実質的にはほぼ同じ

* 浦和事件 (無理心中未遂) 国政調査権で量刑不当と結論、最高裁が補助的権能説から批判

・ 制約 : 人権上の制約、裁判事件について裁判所と同様の目的で行う調査はダメ、検察権の適正な行使の妨害、公務員の守秘義務との抵触 (調査権と守秘義務のいずれが優先か→個別判断?)

62条 : 両議院は、各々国政に関する調査を行ひ、これに関して、証人の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる

【札幌高判昭 30.8.23】国政調査権の調査方法の限界[S29 う 633:高刑集 8-6-845]

国政調査のため派遣された衆議院議員が鉱業所建造物に侵入し住居侵入罪で有罪となったもの

「おおよそ国政に関する調査の権能は、国会両議院に属しその調査のため、証人尋問、記録の提出要求を行うことのできることは憲法第六十二条により明らかであるが、これ以上の強制力を有する住居侵入、搜索、押収、逮捕のごときは許されていない。蓋し国政調査権は、刑事司法活動ではなく国政の調査を目的とするものであつて、これを逸脱するような強力な手段は到底これを許容することができないからである。しかも、なお国政調査権は、憲法上保障された国民の基本権からの制約を受け、これを侵害するような強力な調査は、否定されるものというべく、調査の方法として派遣された議員といえども同一であつて、かような強力な調査権は有しない」

第2章 内閣

第1節 内閣の性格・組織

第1款 内閣の性格と地位

1. 内閣：首長たる内閣総理大臣とその他の国务大臣で構成される合議機関
 - ・合議制（⇔独任制＝大統領制）だが、迅速な活動が期待されるため内閣総理大臣が優越的
2. 議院内閣制
 - ・立法府と行政府の関係
 - * 議会統治制（会議制）：政府は専ら議会によって選任され、内閣は一委員会に過ぎない制度
 - * 超然内閣制：君主制の下で内閣が議会でなく、君主に責任を負う制度
 - * 議院内閣制：内閣の存在が議会の意思に依拠する制度
 - * 大統領制：議会とは独立して行政部の長を公選する制度
 - ・議院内閣制の本質
 - * 責任本質説：内閣の存在が議会の信任に依拠している点 ←ソ連・スイス(内閣の解散権なし)
 - * 均衡本質説：内閣の議会解散権も重視し、議会と内閣の均衡＝権力分立が本質

第2款 行政権とその帰属（65条）

1. 行政権の意味
 - * 形式的意味における行政権：憲法上内閣に帰属する権限
 - * 実質的意味における行政権：従来は控除説（消極説）と積極説の対立→内容の検討
 - ・法律執行説：行政権は法律の執行に限定される
 - ・執政説：総合的・一般的な政策を考え国家目的の積極的実現に務めるのが任務
2. 行政権の帰属：内閣に属するが、§65は立法・司法と異なって専属性までは規定しない
→行政各部の存在の予定(§72)もあり、直接行使しなくても最終的な統制を及ぼしうる意味
[§65 行政権は、内閣に属する](#)
3. 独立行政委員会：相対的に独立して行う複数の委員からなる機関
 - ∴直接的な政治的統制から自由・中立的に遂行すべき、専門技術性の要請が強い領域
 - ・例：人事院、国家公安委、公取委、公害等調整委、公安審査委、中労委、運輸安全委
→人事院は国公法 3-1、その他は行組法 3-2（同 8 の審議会は独立性が弱い）
※地方に設置：地労委、教育委、公安委、選管委、監査委、人事委、公平委、農業委など
 - ・特徴：合議制の行政機関、委員の身分保障等の独立性、準立法権・準司法権の併有
 - ・合憲性の根拠
 - * 任命権・予算権を内閣が持つので行政委員会も内閣の下にあり合憲
←任命権・予算権を根拠に裁判所まで統制下に置けることになり、問題
 - * 憲法は行政権の内閣専属性まで規定せず、独立性が職務の性質上特に要請される分野のみ
 - ・オンブズマン：憲法上の根拠たりうるもの…国政調査権・請願権・権力分立原理の外
 - * 典型オンブズマン（常設・行政監察）・特殊オンブズマン（民間も対象だが特定分野）

第3款 内閣の組織 (66-1,2,67-1,68~71 条)

1. 内閣：首長たる内閣総理大臣とその他の国務大臣で構成される合議機関

[§66-1](#) 内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する

・内閣構成員の要件

* 文民(civilian)であること(§66-2) ∴元は軍隊への文民統制

- ・ 現在職業軍人でない者 ← 日本国憲法下では想定不可能
- ・ 職業軍人の経歴を有さない者(多数) ← 徴兵歴は含まず、自衛隊員歴は含む(通説)
- ・ 職業軍人の経歴を有し、かつ強い軍国主義思想の持ち主である者以外の者
- ・ 現在職業軍人でなく、かつ職業軍人の経歴を有さない者(近時有力)

[§66-2](#) 内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない

* 内閣総理大臣、国務大臣の過半数は国会議員であること(§67-1,68-1 但書) ∴議院内閣制

・ 成立要件であり存続要件でもある ※議院の任期満了・衆院解散は例外

→内閣総理大臣が国会議員の地位を喪失すると、総理大臣の地位も当然に失い、総辞職(§70)

→国会議員の国務大臣が過半数を下回ると、国務大臣任免権により要件を充足させる義務

[§68-1 但書](#) 但し、その過半数は、国会議員の中から選ばなければならない

2. 内閣総理大臣

- ・ 指名手続：国会が最優先議題として国会議員の中から指名、天皇が任命(§67-1,6-1)

※院の構成に関する案件は性質上内閣総理大臣の指名より優先される

[§6-1](#) 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する

[§67-1](#) 内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する。この指名は、他のすべての案件に先だつて、これを行ふ

- ・ 権能：内閣の首長(§66)としての権限

* 国務大臣任免権(§68)：自らや各大臣の臨時代理も指定(内閣 9,10)

* 国務大臣の訴追に対する同意(§75)：「訴追」には公訴提起に至る過程も含む

∴ 検察機関による政治的圧力から内閣を保護(多数)

∴ 職務遂行上政治的中立性が保障された検察機関による内閣の職務遂行の阻害の回避(少数)

・ 内閣総理大臣の訴追→通説：首相の同意必要、少数：首相は摂政同様に在任中訴追されない

[§75](#) 国務大臣は、その在任中、内閣総理大臣の同意がなければ、訴追されない。但し、これがため、訴追の権利は、害されない

* 内閣の代表(§72)：議案提出・国務報告・行政指揮監督を行う

・ 内閣法による権限：閣議主宰権、権限疑義裁定権、行政各部の処分・命令の中止権など

[§72](#) 内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する

【最大判平 7.2.22】 ロッキード事件 (丸紅ルート) [27826571]

「内閣総理大臣は、憲法上、行政権を行使する内閣の首長として(六六条)、国務大臣の任免権(六八条)、内閣を代表して行政各部を指揮監督する職務権限(七二条)を有するなど、内閣を統率し、行政各部を統轄調整する地位にあるものである。そして、内閣法は、閣議は内閣総理大臣が主宰するものと定め(四条)、内閣総理大臣

は、閣議にかけて決定した方針に基づいて行政各部を指揮監督し（六条）、行政各部の処分又は命令を中止させることができるものとしている（八条）。このように、内閣総理大臣が行政各部に対し指揮監督権を行使するためには、閣議にかけて決定した方針が存在することを要するが、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合においても、内閣総理大臣の右のような地位及び権限に照らすと、流動的で多様な行政需要に遅滞なく対応するため、内閣総理大臣は、少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有する……したがって、内閣総理大臣の運輸大臣に対する前記働き掛けは、一般的には、内閣総理大臣の指示として、その職務権限に属することは否定できない」「運輸大臣が全日空に対しL1011型機の選定購入を勧奨する行為は、運輸大臣の職務権限に属する行為であり、内閣総理大臣が運輸大臣に対し右勧奨行為をするよう働き掛ける行為は、内閣総理大臣の運輸大臣に対する指示という職務権限に属する行為といえることができる」（贈賄等）

* 法律・政令の連署(§74)：内閣の法律執行責任・政令制定・執行責任の明確化

§74 法律及び政令には、すべて主任の国务大臣が署名し、内閣総理大臣が連署することを必要とする

* 法律上与えられた権能：緊急事態の布告とその際の警察統制権(警察 71,72)、防衛・治安維持のための自衛隊出動命令(自衛隊 76,78)、非常災害対策本部設置(災害対策基本法 24-1)、裁判所による行政処分の執行停止に対する異議申し立て(行訴法 27)

3. 国务大臣

- ・ 意味：内閣総理大臣を含む場合(§99)、除く場合(§7:5,68)、無任所大臣(内閣 3-2)
- ・ 任免：内閣総理大臣が任命し、任意に罷免できる(→天皇の認証§68-1 本文,68-2,7:5)

§68-1 本文 内閣総理大臣は、国务大臣を任命する

#2 内閣総理大臣は、任意に国务大臣を罷免することができる

- ・ 人数：14名までだが17名まで増員可能(内閣 2-2)

- ・ 権能

* 内閣の運営に参加し、主任大臣は行政事務を分担管理する(行組 5-1)

* 閣議列席、案件の如何を問わず首相に閣議を求めることができる(内閣 4-1,4-3)

* 主任大臣としての法律・政令の署名(§74)

§74 法律及び政令には、すべて主任の国务大臣が署名し、内閣総理大臣が連署することを必要とする

* 議案について発言するための議院出席権(§63)、首相の同意なく訴追されない(§75)

4. 内閣の総辞職：内閣の全構成員が同時に辞職すること

- ・ 憲法上規定のある契機 = 必要的総辞職

* 内閣総理大臣が欠けたとき(§70)：死亡・国会議員資格喪失のほか、自発的辞職を含むか

・ 積極説：総辞職は必要的総辞職に限られ、首相の自発的辞職は§70にあたるとする

・ 消極説：自発的辞職は§70にあらず、任意的総辞職を認める

※ 病気や一時的生死不明：「事故あるとき」ゆえ内閣総理大臣臨時代理がおかれる(内閣 9)

* 総選挙後最初の国会召集時(§70)、内閣不信任後10日以内に解散しないとき(§69)

§69 内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない

§70 内閣総理大臣が欠けたとき、又は衆議院議員総選挙の後に初めて国会の召集があつたときは、内閣は、総辞職をしなければならない

- ・ 効果：内閣が両議院に通知(国会 64)、国会指名で新首相が任命されるまで職務継続(§71)

§71 前二条の場合には、内閣は、あらたに内閣総理大臣が任命されるまで引き続きその職務を行ふ

* 衆院解散後・新国会召集の間に総理大臣が欠けた場合の総辞職の必要性

→大平正芳死後は肯定説により総辞職、内閣を作っても短期間のため否定説もある

第2節 内閣の権限と責任

第1款 内閣の権限（73条）

1. 行政事務(§73)：列挙事項のほか「一般行政事務」。首相でなく内閣に帰属する（≠大統領制）
§73 内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ
 - ・法律の誠実な執行と国務の総理(:1)
 - * 最高裁が違憲としない限り、違憲性を理由に法律の執行を拒否できない（通説）
 - * 最高裁が違憲判断をした場合
 - ・違憲判決につき個別的効力説の立場から執行を控えるのは違法
 - ・執行義務を一旦免除され独自に判断できる(多数)
 - * 「国務を総理」：国務は司法・立法を除き、行政事務全般を統括し行政各部を指揮監督(通説)
←立法・司法を含み、国会・裁判所の権限行使が支障ないよう調整的配慮すべき(少数)
 - 一 法律を誠実に執行し、国務を総理すること
 - ・外交関係の処理(:2)：全権委任状や信任状等の外交文書の発行など(←天皇の認証)
 - 二 外交関係を処理すること
 - ・条約の締結(:3)：2号に含むが重要なので別記、最近では批准成立に対し署名成立が増加
 - 三 条約を締結すること。但し、事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を経ることを必要とする
 - ・官吏に関する事務の掌理(:4)：官吏は一般に国家公務員をいう（立法府・裁判所は除く）
 - 四 法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること
 - ・予算作成・国会提出(:5)
 - 五 予算を作成して国会に提出すること
 - ・政令制定(:6)
 - * 可能：執行命令（執行のための細則）、委任命令（法律の授権した事項を定める、但書より）
 - * 不可：独立命令（法律を前提しないもの）、代行命令（法律と同等の形式的効力）
 - 憲法を直接執行する政令、立法権を事実上放棄するような政令への一般包括的委任
 - 六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない
 - 【最大判昭 27.12.24】 罰則委任規定がなく無効な命令として免訴を言い渡した例[27660316]
「実施さるべき基本の法律において特に具体的な委任がない限り、その実施のための政令においては罰則を設けることを得ないのである」→銃砲火薬類取締法施行規則違反の被告に免訴（法律に罰則委任規定がなかった）
 - ・恩赦の決定(:7)：恩赦＝行政権の作用により国家の刑罰権の全部又は一部を消滅させる行為
→天皇認証、権力分立の例外、王の大権の残滓としての批判、刑事政策上必要との指摘
種類：政令恩赦(政令で罪の種類を指定)、個別恩赦(中央更生保護審査会の申出で随時行う)
 - 七 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること
2. 他の機関との関係における権限
 - ・天皇：国事行為の助言・承認(§3,7)
 - ・国会：臨時会召集(§53)、緊急集会請求(§54-2)、議案提出等(§72)、衆議院の解散
 - ・裁判所：最高裁長官の指名(§6-2)、裁判官の任命(§79-1,80-1)

第2款 内閣の権限行使と責任（66条3項）

1. 内閣の権限行使の方法

- ・ 閣議により職権を行使（=内閣構成員の合議による行使）（内閣4-1）
←首相が閣議を主宰(#2)、国務大臣は閣議請求できる(#3)
- ・ 閣議の種類：定例・臨時・持回り
- ・ 閣議の方法：法定なし、慣習で閣議の議事は秘密、決定は全員一致
∴秘密：高度に政治的判断ゆえ自由な討議が必要
全員一致：不一致なら罷免して内閣の連帯責任を全うすべし ← 多数決で十分では？
- ・ 決定の様式：決定は文書とし、大臣の署名押印を通例とする

【最大判昭 35.6.8 民集 14-7-1206】 苫米地事件[後掲 27002449]

衆議院議員資格確認・歳費支払請求→一審：歳費支払認容→控訴：破棄自判（請求棄却）→上告棄却

一審：大臣の署名が必要→控訴審：不要→上告審：統治行為を理由に棄却

2. 内閣の責任(§66-3)

- ・ 責任は政治責任であって原因・内容は法定されず → 責任追及の最高のものが内閣不信任
※個別の国務大臣への責任追及も可能だが、個別の不信任決議に法的効力はない

§66-3 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ

第3款 衆議院の解散

- ### 1. 解散：任期満了前に全議員の議員としての身分を失わせる行為 ← 元々君主の統制権能の1つ →議院内閣制では国政への民意の反映の機会

- ・ 憲法上の規定、不信任決議可決・信任決議否決による解散・総辞職(§69)、国事行為(§7:3)

2. 解散権の所在

- ・ 自律的解散説：衆議院が（特別多数で）自発的に解散できる
←賛成しない議員を除名するようなもの、なぜ参議院は解散できないのか
- ・ 他律的解散説：内閣が衆議院を解散するのみ
 - * 7条説：国事行為は実質的判断権限を有する内閣の助言と承認を通じて形式化される(実務)
←7条は形式的儀礼的手続であって（立憲）君主制ではない
 - * 65条説：行政につき控除説の立場から解散は行政作用とし、ゆえに内閣の権限である
←行政控除説自体への批判が妥当、内閣に解散権のない議院内閣制もある
 - * 制度説：憲法は議院内閣制・権力分立制を認めるから内閣に解散権が認められるべき(通説)
←信任・解散の関係があるから議院内閣制であって循環論法である
 - * 69条説：解散権の所在が明定されないため、内閣は69条の場合のみ解散できる
←それ以外で民意を問えないのはおかしい

3. 解散の場面

- ・ 69条限定説：衆議院の信を失った場合に限定
- ・ 69条非限定説：内閣の自主的判断で可能（実務、苫米地事件一審・控訴審）

4. 内閣による解散権行使の限定

- ・ 会期外の解散：肯定(有力)／与党に有利な選挙時期の選択のために利用されるので否定

- ・ 同一理由による解散の反復：民意の反映のための解散ゆえ否定（実際には想定困難）
 - ・ 衆参同日選挙：緊急集会が困難・参議院の独自性を失わせるから違憲とする説もある
 - ← 緊急集会困難は予定済み ∴ 参議院通常選挙は任期後に予定 + 解散はいつ起こるかわからない
 - ← 参議院も内閣の政治責任を追及できるから両院の多数派形成は国政安定化に資する
- 【名古屋高判昭 62.3.25】 1986 同日選挙について同日選挙の可否は立法裁量とした

第3章 裁判所

第1節 裁判所

第1款 裁判所の構成（76条1項）

1. §76-1：すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する
2. 上訴制限や審級制は法律に委ねられている
 - 【最大判昭 23.3.10】 量刑に関する上告制限は合憲
 - 【最大判昭 29.10.13】 簡裁を一審とする事件の上告審が高裁であるのは合憲
 - 【最判昭 35.12.8】 事実審理を二審限りとしても合憲（平事件上告審） [27760696]
 - 【最判昭 41.1.28】 一審無罪を二審破棄自判でも上告審で事実誤認は争えない[27720069]
 - 【最判平 13.2.13】 判例（最高裁への上告制限） [前掲 28060328]
 - 「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることを理由として最高裁判所に上告をすることを許容しない民訴法312条及び318条が憲法32条に違反するというにある。しかしながら、いかなる事由を理由に上告をすることを許容するかは審級制度の問題であって、憲法が81条の規定するところを除いてはこれをすべて立法の適宜に定めるところにゆだねていると解すべき」
 - 【最判平 21.6.30】 特別抗告の理由が実質法令違反の主張でも原審は却下できない
3. 最高裁判所：1個
 - ・ 大法廷15名・小法廷5名（定足数は9名・3名）。大法廷は判例変更と憲法判断の場合
4. 高等裁判所：8個（東京、大阪、札幌、仙台、名古屋、高松、福岡+秋田支、金沢支、岡山支、松江支、宮崎支、那覇支、知財高裁）、3名合議（内乱罪のみ5名）
5. 地方・家庭裁判所：50個（各都道府県+釧路、旭川、函館、203支部）、1, 3, 5名
6. 簡易裁判所：448個、1名

第2款 特別裁判所の禁止（76条2項）

1. 特別裁判所の禁止

- ・ §76-2 前段：特別裁判所は、これを設置することができない
→明治憲法下の特別裁判所は禁止：行政裁判所・皇室裁判所・軍法会議
- ・ 通常裁判所に司法権を独占させ、法解釈を統一させるため
 - * 合憲性判断基準：最高裁への上訴の可否・内実が司法機関にふさわしいか
 - * 例外）議員の資格争訟の裁判（55条）、弾劾裁判所（64条）
- ・ 専門管轄を有する裁判所の設置は合憲（家庭裁判所など）

【最大判昭 31.5.30】判例（特別裁判所）[27730025]

家出中の少女に淫行をさせる事件の上告審（上告棄却）

「すべて司法権は最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属するところであり、家庭裁判所はこの一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置されたものに外ならない」家庭裁判所についての裁判所法の定めは「それはただ単に第一審の通常裁判所相互間においてその事物管轄として所管事務の分配を定めたに過ぎないものであることは……明らか……現に家庭裁判所は同裁判所で成立した調停等に対する請求異議の訴訟についても……第一審の受訴裁判所として専属の管轄権あるものと解されているのであつて、この事は家庭裁判所がもともと司法裁判権を行うべき第一審の通常裁判所として設置されたものであることに由来するのである。それ故右と反対の見地に立つ論旨は採るを得ない」

2. 行政機関の終審の禁止

- ・ §76-2 後段：行政機関は、終審として裁判を行ふことができない
- ・ 前審としての裁判は可能 例）海難審判庁、選管委、公取委、労働委（←独立行政機関）
- ・ 独禁法 80 条 1 項：公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する（2 項：実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものとする）

【最判昭 50.7.10】和光堂粉ミルク再販事件[27000369]

「法八〇条は、審決取消訴訟につきいわゆる実質的証拠の原則を採用し、審決の認定した事実は、これを立証する実質的証拠があるときは裁判所を拘束する旨を定めている。したがつて、裁判所は、審決の認定事実については、独自の立場で新たに認定をやり直すのではなく、審判で取り調べられた証拠から当該事実を認定することが合理的であるかどうかの点のみを審査する」他の証拠を調べる場合は公取委に差戻す条文もある。

第3款 裁判官の独立（76条3項）

1. 裁判官の独立

- ・ §76-3：すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される
- ・ 職業倫理・客観的良心説（通説）⇔主観的良心説

【最大判昭 23.11.17】判例（裁判官の良心・有毒飲食物等取締令違反再上告審）[27760079]

原上告審が二審の肩を持ちすぎて被告人の主張を容れなかったのが憲法 76 条違反と主張。

「憲法第七六条第三項の裁判官が良心に従うというのは、裁判官が有形無形の外部の厭迫乃至誘惑に屈しないで自己内心の良識と道德感に従うの意味……原上告審が、証拠の取捨選択は事実審の専権に属するものとして第二審の事実認定を是認したのは当然であつて強いて公平を缺き且良心に従はないで裁判をした」とはいえない。

【最大判昭 23.12.15】有毒飲食物取締令の合憲性（合憲）[27660040]

法定刑の罰金刑は軽く、懲役刑の刑期が重いため、その中間の場合に良心に従って裁判ができぬと主張したが「凡て裁判官は法（有効な）の範囲内において、自ら是なりと信ずる処に従つて裁判をすれば、それで憲法のいう良心に従つた裁判といえるのである」として退けた

2. 裁判所内での裁判官の独立

- ・ 裁判所法 48 条：意に反した免官、転官、転所、職務の停止、報酬の減額の禁止
- ・ 大津事件：1891 年
- ・ 吹田黙禱事件：1953 年（最高裁の通達）
- ・ 平賀書簡事件：1973 年（長沼事件で札幌地裁平賀所長が担当判事に書簡送付）

3. 最高裁判所の規則制定権・司法行政

- ・ §77-1：最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する
- ・ §77-2：検察官は、最高裁判所の定める規則に従はなければならない
- ・ §77-3：最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる
- ・ 裁判所に立法権を認める例外規定：法律でも定め得る。競合した場合は法律が優先する（多数）
←裁判所の内部規律や司法事務処理については最高裁の専属的所轄事項とする説あり

【最大決昭 25.6.24】裁判所分限法は合憲

【最判昭 30.4.22】刑事訴訟法は合憲（最高裁規則で定めなくてもよい）

- ・ 司法行政は最高裁判所が行う（戦前は司法省 → 戦後は最高裁の裁判官会議による）

第4款 裁判官の身分保障（80条）

1. 下級裁判所裁判官の任命・再任（80条1項）

- ・ §80-1 本文：下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができる。但し、法律の定める年齢に達した時には退官する

→内閣は最高裁の指名を無にする程度でなければ任命拒否が可能（解釈）

→再任制度は、元々は法曹一元を予定していたため。再任拒否事由は中間説

①罷免相当の理由がないときは再任される ← 罷免制度がある以上、任期制にした意味がない

②著しい成績不良等など特殊事情がない限り再任が原則 ← 通説

③再任は一切新任と同じで最高裁の裁量 ← 事実上裁判官の独立を脅かす

※1971年宮本判事補再任拒否事件：最高裁は③説を主張

2. 下級裁判所裁判官の報酬（80条2項）

- ・ §80-2：下級裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない

*全員一律カットはよく、狙い撃ちはダメ（通説）

3. 裁判官の解職等の限定：定年のほか、国会の弾劾裁判所によるほか罷免されない

- ・ §64-1：国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院の議員で組織する弾劾裁判所を設ける

→弾劾裁判所：職務上の義務違反・裁判官の威信を著しく失う非行

→衆参各7名。3分の2以上の賛成が必要

【弾劾裁昭 31.4.6】高井簡判罷免（略式命令 394 件の放置、白紙令状作成、紛争介入等）

- ・ §78：裁判官は、裁判により、心身の故障のために職務を執ることができないと決定された場合を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない

→執務不能の裁判（裁判官分限法 1 条）

→裁判官の懲戒（裁判官分限法 2 条、戒告または1万円以下の過料）

【最大決平 10.12.1】政治的発言により戒告とした例（寺西判事補事件）[前掲 27000662]

4. 最高裁判所裁判官の任命と解職、国民審査

- ・ §79-1：最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する

- ・ §79-2：最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする

- ・ §79-3：前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される

- ・ §79-4：審査に関する事項は、法律でこれを定める

- ・ §79-5 : 最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達した時に退官する
- ・ §79-6 : 最高裁判所の裁判官は、すべて定期に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない
- ・ 国民審査:任命の完成ではなく解職制度。空欄は罷免を可としないのも合憲(【最大判昭 27.2.20】)

第5款 裁判所と国民

1. 裁判の公開

- ・ §82-1 : 裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ
- ・ §82-2 : 裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない
- ・ 関係当事者はもちろん、衆人環視の中で行うことで裁判の公正を担保
→傍聴の自由・裁判記録の公開請求権も保障（解釈）

【最大決昭 33.2.17 刑集 12-2-253】 公判開始後の写真撮影禁止は合憲[27760603]

新聞社の写真班員が裁判長の制止にもかかわらず、壇上に登って写真を撮ったもの。

「憲法が裁判の対審及び判決を公開法廷で行うことを規定しているのは、手続を一般に公開してその審判が公正に行われることを保障する趣旨にほかならないのであるから、たとい公判廷の状況を一般に報道するための取材活動であつても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し被告人その他訴訟関係人の正当な利益を不当に害するがごときものは、もとより許されないとすべからぬといわなければならない。ところで、公判廷における写真の撮影等は、その行われる時、場所等のいかんによつては、前記のような好ましくない結果を生ずる恐れがあるので、刑事訴訟規則二一五条は写真撮影の許可等を裁判所の裁量に委ね、その許可に従わないかぎりこれらの行為をすることができないことを明らかにしたのであつて、右規則は憲法に違反するものではない」

【最大判平 1.3.8 民集 43-2-89】 法廷メモ訴訟（レペタ訴訟）：メモ禁止は妥当でない[前掲]

アメリカワシントン州の弁護士資格をもつ者が、研究目的で裁判を傍聴するにあたり、メモを不許可（記者クラブの記者は許可）とされたことにつき、国家賠償請求をしたもの

一審敗訴→控訴棄却→上告棄却

「筆記行為の自由は、憲法二一条一項の規定の精神に照らして尊重されるべきであるといわなければならない。」
「裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、傍聴人は法廷における裁判を見聞することができるのであるから、傍聴人が法廷においてメモを取ることは、その見聞する裁判を認識、記憶するためになされるものである限り、尊重に値し、故なく妨げられてはならないものというべきである」「筆記行為の自由は、憲法二一条一項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要なとされる厳格な基準が要求されるものではないといふべきである」
「公正かつ円滑な訴訟の運営は、傍聴人がメモを取ることに比べれば、はるかに優越する法益であることは多言を要しないところである。してみれば、そのメモを取る行為がいささかでも法廷における公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げる場合には、それが制限又は禁止されるべきことは当然」「当該事件の内容、証人、被告人の年齢や性格、傍聴人と事件との関係等の諸事情によつては、メモを取る行為そのものが、審理、裁判の場にふさわしくない雰囲気醸成を齎し出したり、証人、被告人に不当な心理的圧迫などの影響を及ぼしたりすることがあり、ひいては公正かつ円滑な訴訟の運営が妨げられるおそれが生ずる場合のあり得ることは否定できない」「それにもかかわらず、傍聴人のメモを取る行為が公正かつ円滑な訴訟の運営を妨げるに至ることは、通常はあり得ないのであつて、特段の事情のない限り、これを傍聴人の自由に任せるべきであり、それが憲法二一条一項の規定の精神に合致する」「報道の公共性、ひいては報道のための取材の自由に対する配慮に基づき、司法記者クラブ所属の報道機関の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可することも、合理性を欠く措置といふことはできない」「原審の確定した前示事実関係の下においては・・・本件措置は、これを妥当なものとして積極的に肯認し得る事由を見出すことができない・・・本件措置は、合理的根拠を欠いた法廷警察権の行使であるといふべき

である」「裁判長の措置は、それが法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が甚だしく不当であるなどの特段の事情のない限り、国家賠償法一条一項の規定にいう違法な公権力の行使ということとはできない」
→合理的ではなかったが、国家賠償請求を認容するほどの違法なものではない。
→裁判所の実務上の運用はメモ許可へ改められた。

【最決平 2.2.16】 訴訟記録の閲覧は憲法上の権利ではない[27809455]

- ・ 公開される「裁判」：非訟事件は除く（通説）が、当事者の権利の存否を決する場合は原則公開

【最大判昭 35.7.6】 純然たる訴訟の調停に代わる裁判は公開でなければならない[27002431]

金銭債務臨時調停法 7 条は非訟事件手続法によることを認めるが、債務の存在に争いはなく、利息・期限等を変更するだけの場合であって、権利の存否に争いがあり純然たる訴訟事件である本件には適用がない。

「八二条において、裁判の対審及び判決は、対審についての同条二項の例外の場合を除き、公開の法廷でこれを行う旨を定めている。即ち、憲法は一方において、基本的人権として裁判請求権を認め、何人も裁判所に対し裁判を請求して司法権による権利、利益の救済を求めることができることとすると共に、他方において、純然たる訴訟事件の裁判については、前記のごとき公開の原則の下における対審及び判決によるべき旨を定めたのであつて、これにより、近代民主社会における人権の保障が全うされるのである。従つて、若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんにかかわらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によつてなされないとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却する」

- ・ 非公開でよいとした例：性質上非訟のい場合は非公開でよい（法律が非訟にするかではない）

【最大決昭 45.6.24】 破産宣告決定【最大決昭 40.6.30】 夫婦間の協力扶助の審判

【最大決昭 41.3.2】 遺産分割の審判【最大決昭 41.12.27】 非訟事件手続による過料の裁判

【最大決昭 23.11.8】 公判準備手続き【最大決昭 42.7.5】 再審決定手続き

- ・ 非公開の条件：①対審である（判決公判を除く）②「裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した」③「政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件」ではない。

- ・ 犯罪被害者の保護：ビデオリンク方式や遮蔽措置は合憲、イン・カメラ・レビューは認めず

【最判平 17.4.14】 判例（犯罪被害者の保護）[前掲 28105150]

「遮へい措置が採られた場合、被告人は、証人の姿を見ることはできないけれども、供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、さらに、この措置は、弁護人が出頭している場合に限り採ることができるのであって、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、前記のとおり制度の趣旨にかんがみ、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。ビデオリンク方式によることとされた場合には、被告人は、映像と音声の送受信を通じてであれ、証人の姿を見ながら供述を聞き、自ら尋問することができるのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。さらには、ビデオリンク方式によつた上で被告人から証人の状態を認識できなくする遮へい措置が採られても、映像と音声の送受信を通じてであれ、被告人は、証人の供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、やはり被告人の証人審問権は侵害されていないというべきことは同様である」

【最決平 21.1.15】 沖縄ヘリ墜落情報公開訴訟[25440262]

情報公開請求に対する不開示決定取消しを求める事件の控訴審で、インカメラレビュー（本件不開示文書の検証の申出と、これを目的物とした検証物提示命令の申立てをし、検証への立会権を放棄し、検証調書の作成についても、本件不開示文書の記載内容の詳細が明らかになる方法での検証調書の作成を求めないもの）を求めたが、民訴法上規定がないとして抗告審の一部提示命令を破棄したもの。

(泉補足、宮川補足) インカメラ審理は憲法 82 条に違反しない。

2. 陪審制・参審制

- ・陪審制：民間人による事実認定（通常は有罪・無罪を拘束）←イギリス「同輩による裁判」
※通説：憲法 76 条は裁判官が陪審員の評決に拘束されない限り陪審制は合憲
※1923 年陪審法制定→評決の拘束力がないため、1943 年停止
→付審判請求：公務員職権濫用罪につき、民間人が告訴し、弁護士が検事役を務める
→検察審議会：不起訴処分につき、民間人が不起訴不当・起訴相当決定。2009～強制起訴
- ・参審制：有罪・無罪のほか量刑も民間人が職業裁判官と合議して刑事事件の判決を下す制度
→裁判員制度：2009～裁判官 3 名 + 裁判員 6 名

※裁判官・裁判員の双方を含む過半数で決する

←多数派が「民主的」か？素人裁判官は想定外(§80-1 の 10 年任期は職業裁判官を想定)

【最大判平 23.11.16】裁判員裁判違憲訴訟（覚せい剤輸入事件）[25443961]

憲法上明文で陪審・参審制は禁じられず、憲法制定当時の事情からして「国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はなく、国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきもの」で立法政策に委ねられている。「裁判員制度の仕組みを考慮すれば、公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること（憲法 3 1 条，3 2 条，3 7 条 1 項）は制度的に十分保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はないといえることができる」

「憲法 7 6 条 3 項違反をいう見解からは、裁判官の 2 倍の数の国民が加わって裁判体を構成し、多数決で結論を出す制度の下では、裁判が国民の感覚的な判断に支配され、裁判官のみで判断する場合と結論が異なってしまう場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張もされている。しかし、そもそも、国民が参加した場合であっても、裁判官の多数意見と同じ結論が常に確保されなければならないということであれば、国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねず、憲法が国民の司法参加を許容している以上、裁判体の構成員である裁判官の多数意見が常に裁判の結論でなければならないとは解されない。先に述べたとおり、評決の対象が限定されている上、評議に当たって裁判長が十分な説明を行う旨が定められ、評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも 1 人の裁判官が加わっていることが必要とされていることなどを考えると、被告人の権利保護という観点からの配慮もされているところであり、裁判官のみによる裁判の場合と結論を異にするおそれがあることをもって、憲法上許容されない構成であるとはいえない」

第2節 司法権

第1款 司法権

1. 司法の定義

- ・ 形式的理解：裁判所に属する国家作用
- ・ 実質的理解：具体的な権利義務関係や法律関係（刑罰権を含む）の存否に関する紛争（具体的争訟事件）につき、法を解釈適用し宣言し、終局的に解決する国家作用（アメリカ流）
→§76-1の司法権の意義からして、§32を待たずして、裁判所は裁判を拒否できない
- ・ 歴史的な概念構成：抽象的審査も視野に入れ、司法・裁判概念は歴史的に流動しているとする
※行政事件訴訟法27条、内閣総理大臣の異議申立・執行停止の取消しは違憲（通説）
∴司法権の終局性を害するから

【東京地判昭44.9.26】立法政策の問題で違憲ではない

2. 司法の実質的理解の定義から外れる例 → 立法で裁判所に権限を付与したものと扱う

- ・ 非訟事件・行政事件訴訟法の客観訴訟（民衆・機関訴訟）：具体的事件・法的終局的決定は同じ

3. 先例拘束力

- ・ 従来通説：大陸法的成文法主義により、先例拘束力を否定 ⇔ 英米法は判例が先行
∴憲76-3裁判官の独立、制定法主義、裁判所法4条（当該事件での上級審拘束力）の反対解釈
←大陸では、同事例異判断が自由にできるというのか、裁判所法は先例拘束性の規定でない
憲法・法律に慣習法・不文法も含まれる、裁判官の独立も私的「良心」は認めていない
判例の統一による法的安定性・予測可能性は憲法上の要請
- ・ 近時有力：先例は理由があれば変更してよい = 先例と無関係に説明のない判断はダメ
→明示的先例変更をするか、先例と事案を異にするとして判断する

第2款 事件争訟性

1. 現実的事件性

- ・ 勧告的意見を求めるもの ← ワシントン大統領の依頼を米最高裁が拒否したもの
- ・ 当事者に争う気がない談合的訴訟
- ・ 仮想段階にとどまる事案
- ・ 成熟性の法理：裁判所が取り上げる段階にまで成熟していない紛争はダメ

【最大判昭 27.10.8 民集 6-9-783】警察予備隊違憲訴訟[S27 マ 23]

日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件（最高裁に提起）→却下

「わが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。そして弁論の趣旨よりすれば、原告の請求は右に述べたような具体的な法律関係についての紛争に関するものでないことは明白である。従つて本訴訟は不適法であつて、かかる訴訟については最高裁判所のみならず如何なる下級裁判所も裁判権を有しない。この故に本訴訟はこれを下級裁判所に移送すべきものでもない」

【最判昭 28.11.17 行集 4-11-2760】教育勅語決議違憲確認請求[S27 オ 303]

憲法違背是正請求→却下／棄却／棄却

「上告人が本件訴において請求の趣旨に掲げる主文の判決を求める理由は、昭和二三年六月一九日衆議院及び参議院が教育勅語等の失効確認に関する決議をしたのは、これによつて教育勅語等が憲法九八条一項にいわゆる憲法の条規に違反する詔勅に該当するものとし、憲法施行と同時にその効力を失つたことを確認する趣旨と認められるが、このような決議は、教育勅語等の性質からいつて、決議自体憲法に違反するものであり、上告人はこれがため基本的人権を侵害されその生命にも拘わるべき著しき有形無形の損害を受けたという趣旨に帰する……わが国現行の裁判制度は、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができる趣旨である……（最大判昭 27.10.8 参照）。すなわちわが国の裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが（裁判所法三条）、その法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であつて、且つそれが法律の適用によつて終局的に解決し得べきものであることを要する……しかるに上告人が本件において訴権の存在を主張する具体的利益というのは、論旨に従えば結局上告人の主観的意見又は感情に基く精神的不満であつて、これらをもつて裁判所に訴を提起するための要件たる上告人の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争の存在を認めることはできない。のみならず上告人が本件訴において請求の趣旨として掲げるところは、衆参両院が専ら道義的又は政治的の見地から自ら決すべき問題であつて、裁判所が法律の適用によつて終局的に解決し得べき事項ではなく、これまた裁判所の権限に属するものと認めることはできない」

2. 当事者適格

- ・ 法的権利でない場合

【最判平 14.7.9 民集 56-6-1134】宝塚市パチンコ店規制条例事件[H10 行ツ 239]

パチンコ店規制条例の市長の同意を得ない建築工事の続行禁止請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：訴え却下

「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであつて、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということではできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許される…（しかしそのような法律の規定はないので、このような訴訟は）…裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである」

3. 訴えの利益

- ・ 政策の当否は判断しない

【最判昭 57.7.15】郵便貯金目減り訴訟[27662568]

庶民貯金減価損害賠償請求→一審：棄却→控訴：棄却→上告：棄却

「政府が経済政策を立案施行するにあつて……政府において……具体的にいかなる措置をとるべきかは、事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄とみるべきものであつて、仮に政府においてその判断を誤り、ないしはその措置に適切を欠いたため右目標を達成することができず、又はこれに反する結果を招いたとしても、これについて政府の政治的責任が問われることがあるのは格別、法律上の義務違反ないし違法行為として国家賠償法上の損害賠償責任の問題を生ずるものとするはできない」

- ・ 試験の合否は判断しない

【最判昭 41.2.8】技術士国家試験の合否につき裁判所は判断しない [27001227]

国家試験合格変更又は損害賠償請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

【最大判昭 52.3.15】富山大学事件[前掲 27000289]

①経済学部長宛単位授与・不授与、専攻科修了・未修了決定しないことの違法確認、②学長宛同旨、③学部長宛単位取得、専攻科修了認定義務確認、④学長宛同旨：一審：却下→控訴：修了のみ差戻し、他棄却→上告棄却

「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究施設であつて、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係の有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものである」「単位授与（認定）行為は、他にそれが一般市民法秩序と直接の関係を有するものであることを肯認するに足りる特段の事情のない限り、純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであつて、裁判所の司法審査の対象にはならない」

【東京高判平 19.3.29】国立大学法人医学部の入試合否に司法審査権は及ぶ[28132247]

- ・ 教義の解釈

【最判昭 56.4.7】板まんだら事件（創価学会寄附金返還請求事件）[前掲 27000141]

寄附金返還請求→一審：請求却下→原告控訴：錯誤原因審査のため破棄差戻し→被告上告：破棄自判（一審同旨）

「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は……本件訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のものとして認められ……訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となつておりと認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであつて、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬものといわなければならない」

（寺田意見）錯誤の判断ができない以上、返還請求は根拠がないので棄却すべきだが、一審に被告が控訴していないので、民訴法上却下のままにするしかないので結論は同じ。

4. 終局性

- ・ 既に法的解決をする意味のない事件は取り上げない（ムートの法理）

【最大判昭 28.12.23】皇居外苑使用不許可事件[前掲 27003243]

一審（1952.4.28）：不許可処分取り消し→被告控訴：請求全部棄却（訴えの利益を欠く）→上告棄却

1951.11.10 付、1952.5.1 メーデーへの皇居外苑使用不許可への取消請求。1952.4.28 に一審判決が出たが、国は控訴し、訴えの利益を欠くとして原告敗訴。「上告人の本訴請求は、同日の経過により判決を求める法律上の利益を喪失したものとわなければならない。そして、原判決は、上告人の本訴請求を権利保護の利益なきも

のとして棄却の裁判をしたものであつて、裁判そのものを拒否したのではなく、憲法三二条に違反したものとはいえない。また、原判決は本訴のごとき訴は、所期の日時まで確定判決を受けることも不可能ではないと判断したものであるから、憲法七六条二項の保障に反したものともいえない」

【最大判昭 42.5.24】朝日訴訟最判[前掲 27001071]

本論「生活保護法の規定に基づき要保護者または被保護者が国から生活保護を受けるのは、単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、法的権利であつて、保護受給権とも称すべきものと解すべき・・・この権利は・・・一身専属の権利であつて・・・相続の対象ともなり得ない・・・被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利についても、・・・当該被保護者の死亡によつて当然消滅し、相続の対象となり得ない・・・不当利得返還請求権は、保護受給権を前提としてはじめて成立するものであり、その保護受給権が右に述べたように一身専属の権利である以上、相続の対象となり得ない」

(田中反対)「不当利得返還請求権は、保護受給権そのものの主張でないことはもちろん、すでに遅滞にある生活保護の給付の請求そのものでもなく、元来、朝日茂の自由に使用処分し得た金銭の返還請求権ともいうべきものであつて、このような権利についてまで、その譲渡性や相続性を否定すべき合理的根拠は見出しがたい」が、基準・決定は「直ちに違憲又は違法とし、これを無効又は違法と断ずることはでき」ないから上告棄却

(松田・岩田反対、草鹿同調)「右変更決定以降同人が自己負担金として国に支払つた限度」で不当利得で訴訟は承継できる。上告理由について付記しても意味がないので、そこは立ち入らない。

第3款 司法権の限界

1. 憲法上の限界

- ・ 議員の資格争訟の裁判(§55)、弾劾裁判(§64)、内閣による恩赦(§73:7)

【東京地判昭 43.6.13】 裁判官訴追委員会の不訴追決定は裁判所で争えない[27700311]

裁判官不訴追決定取消請求事件→一審：却下

憲法上「弾劾による裁判官の罷免は弾劾裁判所の専権に属するから、司法裁判所は、弾劾裁判所のなす罷免の裁判に一切関与しない」裁判官弾劾法にも不服申立ての規定はないから、不適法である。

2. 国際法上の限界

- ・ 確立された国際法規…領土の決定、外交使節に対する治外法権
- ・ 条約による制約

【最判平 14.4.12 民集 56-4-729】 横田基地事件[H11 才 887]

アメリカ合衆国宛、夜間離着陸差止め・損害賠償請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

「外国国家に対する民事裁判権免除に関しては、いわゆる絶対免除主義が伝統的な国際慣習法であったが、国家の活動範囲の拡大等に伴い、国家の私法的不いし業務管理的な行為についてまで民事裁判権を免除するのは相当でないとの考えが台頭し、免除の範囲を制限しようとする諸外国の国家実行が積み重ねられてきている。しかし、このような状況下にある今日においても、外国国家の主権的行為については、民事裁判権が免除される旨の国際慣習法の存在を引き続き肯認することができるというべきである。本件差止請求及び損害賠償請求の対象である合衆国軍隊の航空機の横田基地における夜間離着陸は、我が国に駐留する合衆国軍隊の公的活動そのものであり、その活動の目的ないし行為の性質上、主権的行為であることは明らかであって、国際慣習法上、民事裁判権が免除されるものであることに疑問の余地はない。したがって、我が国と合衆国との間でこれと異なる取決めがない限り、上告人らの差止請求及び損害賠償請求については被上告人に対して我が国の民事裁判権は及ばないところ、両国間にそのような取決めがあると認めることはできない」

3. 憲法解釈上の限界①：議院の自律・法令が行政機関に委ねた裁量の範囲内の行為

【最大判昭 37.3.7 民集 16-3-445】 警察法改正無効事件[S31 才 61]

地方自治法に基く警察予算支出禁止請求→一審：棄却（議会の承認あり）→控訴棄却→上告棄却

「議会の議決があつたからというて、法令上違法な支出が適法な支出となる理由はない」→理由は間違い

「警察法を無効と主張する理由は、同法を議決した参議院の議決は無効であつて同法は法律としての効力を生ぜず、また、同法は、その内容において、憲法九二条にいう地方自治の本旨に反し無効であるというのである。しかしながら、同法は両院において議決を経たものとされ適法な手続によつて公布されている以上、裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきでない。従つて所論のような理由によつて同法を無効とすることはできない」

（奥野補足） 破棄・訴え棄却とするのではなく、上告棄却とするのが正当である理由

（斎藤反対） 原審が正当で、警察法の適否に踏み込む必要はない

（藤田反対、横田同調） 原審に違法があるのだから、原審破棄、訴え棄却とすべき。

（垂水反対） 同旨。原告は控訴審でも本案判決を求めており、敗訴の覚悟は持っている。

（下飯坂反対） 破棄して予算支出差し止めは訴えの利益がなく棄却、原状回復は不能だから却下すべき

（山田反対） 破棄して訴え棄却すべき。

4. 憲法解釈上の限界②：統治行為（←仏語の訳、大陸法系学者による輸入観念）

- ・ 国家の承認、安全保障、条約締結など国家全体の運命に関わるもの

→高度の政治的判断を裁判所は行わず、一見明らかに違憲でない限り違憲としない(通説)

←憲法の徹底した法治主義の理念に反する ← 司法判断しても実際には救済できない

【最大判昭 35.6.8 民集 14-7-1206】 苫米地事件[S30 才 96]

衆議院議員資格確認・歳費支払請求→一審：歳費支払認容→控訴：破棄自判（請求棄却）→上告棄却

衆議院議員が昭 27.8.28 の解散が違憲無効として、任期満了までの歳費を請求したものを。

「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべき」

「衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべきことは既に前段説示するところによつてあきらかである」「本件の解散が憲法七条に依拠して行われたことは本件において争いのないところであり、政府の見解は、憲法七条によつて、一すなわち憲法六九条に該当する場合でなくとも、一憲法上有効に衆議院の解散を行い得るものであり、本件解散は右憲法七条に依拠し、かつ、内閣の助言と承認により適法に行われたものであるとするにあきらかであつて、裁判所としては、この政府の見解を否定して、本件解散を憲法上無効なものとするとはできない」

（小谷・奥野意見）解散の有効・無効を裁判所は判断すべき。本件では 7 条の要件を満たし、有効。

（河村意見）同旨（石坂意見）解散すべきかは判断できないか、解散が無効化は判断できる。結論同旨。

【←内閣の自律の問題？】

【最大判昭 34.12.16 刑集 13-13-3225】 砂川事件上告審[S34 あ 710]

日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定に伴う刑事特別法違反（7名）

一審：無罪→跳躍上告：破棄差戻し→差戻一審：各罰金 2,000 円→控訴棄却→上告棄却

「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする」

（田中補足）駐留が合憲か否かは特別法の効力に無関係で、違反の時点で罰すれば足りる

（島補足）日米安保は裁量権の範囲内で合憲。

（藤田・入江補足）統治行為かの判断は裁判所が行う。明白違憲や不存の場合は裁判所が無効を宣言してよい。

（垂水補足）違憲審査権の範囲に述べた後、安保条約が無効でも特別法の効力に関係するのか疑問。

（河村補足）攻撃的目的のために駐留を認めるなどの明白な違反があれば違憲。

（石坂補足）安保条約が合憲であることの見解

（小谷意見）日本に指揮監督権のない在日外国軍は、侵略目的でない限り違憲ではない。違憲審査権を限定する多数意見には反対。

（奥野・高橋意見）同旨。安保条約は合憲。統治行為は否定しないが、違憲審査権が及ばない範囲は限定すべき。

【札幌高判昭 51.8.5】 長沼事件二審[27200136]

保安林指定の解除処分取消請求→一審：認容→被告控訴：破棄自判（却下）→上告棄却

訴えの利益を欠くとしつつ、「立法、行政機関の行為が一見極めて明白に違憲、違法の場合には、右行為の属性

を問わず、裁判所の司法審査権が排除されているものではない……大前提たるべき条規の定めるところが客観的、一義的に明確である場合には、それが統治事項に関する規定であつても、その一義性、明確性にかんがみ、たとえこれにより如何に国民に対し政治的、社会的に重大な結果を招来することがあろうとも、他の政治的、社会的意義に優先して当該事項の選択を是とする見地から、規範として定立されたものと考えることができるのであり、したがつてこの場合には、右条規を大前提たる判断基準となし得るものと解するのが相当であり、もし小前提たる法規ないし処分が一義的に明確なものである場合には、それが統治事項に関するものであつてもなおこれを司法判断の対象になし得る」

大前提「自衛のための戦力の保持に関する憲法第九条第二項前段は、一義的に明確な規定と解することができない」（戦力保持につき、積極説・消極説ともありうるから）

小前提：自衛隊が「侵略戦争のためのものであるか否かは……客観的にわが国の戦争遂行能力が他の諸国との対比において明らかに侵略に足る程度に至つているものであるか否かによつて判断すべき……戦争遂行能力の比較は……広く、高度の専門技術的見地から相関的に検討評価しなければならない……右評価は現状において客観的、一義的に確定しているものとはいえないから、一見極めて明白に侵略的なものであるとはいえない」

結論「自衛隊の存在等が憲法第九条に違反するか否かの問題は、統治行為に関する判断であり、国会及び内閣の政治行為として窮極的には国民全体の政治的批判に委ねらるべきものであり、これを裁判所が判断すべきものではない」

- ・ 統治行為論は重大な人権侵害には用いることができない、とされる

【最判平 5.2.25】厚木基地訴訟（統治行為論に言及せず）[前掲]

一審：夜間早朝の離着陸差止め・音量規制却下、将来の請求却下、過去の請求一部認容

→控訴：過去の請求棄却（原告全面敗訴）→上告：過去の請求肯定（破棄差戻し）その他上告棄却

自衛隊機の飛行差止め：防衛庁長官の権限に関わるから差止請求は不適法

米軍機の飛行差止め：国に米軍の本件飛行場の管理運営の権限・活動を制限するための関係条約・国内法令の定めはないから、主張自体失当で棄却すべき

過去の請求：高裁は高度の公共性があるから受忍限度内とした → 破棄差戻し。

（橋元補足・味村同調）無名抗告訴訟で争うことができる。

【最大判昭 51.4.14】衆議院議員定数不均衡違憲判決①[前掲 27000326]

昭 47.12.10 施行衆院選選挙無効請求（最大 4.99 対 1、千葉 1 区）→一審：棄却→上告：破棄自判（違法宣言付棄却、訴訟費用は被告負担）

中選挙区の選挙区割で不均衡が生じるのはやむを得ないが「選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんじやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはないというべき」「昭和三年の改正後本件選挙の時まで八年余にわたつてこの点についての改正がななら施されていないことをしんじやくするときは、前記規定は、憲法の要求するところに合致しない状態になつていたにもかかわらず、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたものと認めざるをえない。それ故、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるべきものであつたというべきである」

【最大判昭 60.7.17】衆議院議員定数不均衡違憲判決②[前掲 27100015]

昭 58.12.18 施行衆院選選挙無効請求（最大 4.40 対 1、広島 1 区）→一審：違憲宣言付棄却→上告：棄却

「昭投票価値の不平等状態が違憲の程度に達した時から本件選挙までの間に右較差の是正が何ら行われることがなかつたことは、投票価値の不平等状態が違憲の程度に達したかどうかの判定は国会の裁量権の行使として許容される範囲内のものであるかどうかという困難な点にかかるものである等のことを考慮しても、なお憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかつたものと評価せざるを得ない……本件議員定数配分規定は、本件選

拳当時、憲法の選挙権の平等の要求に反し、違憲と断定するほかはない」

5. 憲法解釈上の限界③：部分社会の法理（純粹に司法法理として作られたもの。学説は反対）

- ・ある組織・団体が別の部分社会を形成するとき、内部規律に関する事項はその自治に委ねられる
←特別権力関係論の私人間への拡大ではないか？

例）地方議会、宗教法人、大学、政党…：それぞれ憲法上の根拠が違う

- ・地方議会：懲罰としての出席停止は内部規律だが、除名には裁判権が及ぶ（傍論）

∴除名されると外部の人間になってしまうから、もはや内部の問題ではない

【最大判昭 28.1.16】米内山事件[27003349]

除名処分執行停止に対する内閣総理大臣異議申述事件→一審：停止決定不取消決定→県議会特別抗告：棄却
一審は、異議は「執行停止が何故に不当であるかにつき、その理由を明示したものと謂うことができない。これは死刑は人を殺す刑であるから廃止すべきだと論難した死刑廃止を主張するのと何等異るところがない」「本件異議は理由の明示を欠く不適法な異議というより外はない」とした。

「行政事件訴訟特例法一〇条二項但書の内閣総理大臣の異議は、同項本文の裁判所の執行停止決定のなされる以前であることを要するもの……けだし右一〇条二項は「……裁判所は申立に因り又は職権で、決定を以て、処分の執行を停止すべきことを命ずることができる。但し……内閣総理大臣が異議を述べたときはこの限りでない。」と規定するところであつて、右は内閣総理大臣の異議が述べられたときは、裁判所は執行停止の決定をすべきでないという趣旨の規定であつて、停止決定後に異議が述べられた場合をも含んだ規定とは解せられないから」

（田中耕太郎反対）そもそも地方議会の懲罰に司法権は及ばない（部分社会論）、原決定を取り消すべき。

（栗山反対）同旨。

（真野意見）内閣総理大臣の異議申述自体が違憲。よって異議は不適法だから、棄却すべき。

（斎藤補足）本件は違憲に名を藉りて実質は原決定を非難するだけで特別抗告の要件を満たさず、却下すべき

（小林補足）部分社会論に立つが、議会の決定が違憲の場合は裁判権が及ぶとする。結論は多数意見同旨。

【最大判昭 35.10.19 民集 14-12-2633】判例（地方議会の内部決定）[27002388]

懲罰決議等無効確認・取消請求→一審：却下→控訴棄却→上告棄却

「法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである。本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当するもの」「尤も昭和三五年三月九日大法廷判決一民集一四卷三三三五頁以下一は議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としているが、右は議員の除名処分の如きは、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないからであつて、本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一次的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしている」

（田中・斎藤・下飯坂補足）除名も裁判権の対象の外にある。

（河村意見）任期満了までの出席停止がありうるから、司法権は及ぶ。本件では無効確認は訴えの利益を欠き、取消請求は訴願の裁決を経る必要があるが経ていないので却下

（奥野意見）出席停止にも司法権は及ぶ。無効確認は停止期間経過で訴えの利益を欠き、取消しは河村意見同旨。

【名古屋高判平 24.5.11 判時 2163-10】議会代読拒否訴訟[25481214]

中津川市・市議会議員宛連帯 1,000 万円請求→一審：市宛 10 万円認容、議員宛棄却→双方控訴：市宛 300 万円認容、議員宛棄却（確定）

被告は内部規律であり司法審査の対象でないと主張した。

「地方議会の運営に関する事項は、地方議会の内部規律の問題として、議会の裁量に委ねられている……議会在、議員の発言方法等について規制したとしても、それが議会の内部規律の問題にとどまる限り、裁判所法 3 条 1 項

にいう「法律上の争訟」にはあたらない」「しかし、他方、議会の議員に対する措置が、一般市民法秩序において保障されている権利利益を侵害する場合、もはや議会の内部規律の問題にとどまるものとはいえないから、当該措置に関する紛争は、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」にあたるというべきである」

「地方議会の議員には、表現の自由（憲法21条）及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利というべき」「地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害していると認められる場合には、一般市民法秩序に関わるものとして、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」にあたる」「市議会における委員会及び本会議の議事進行等について、広く市議会の自主性、自律性が認められていることは否定しえない……しかし、このような市議会の自主性、自律性は、市議会議員各自に議会において発言する権利、自由が認められることを前提として、各議員の発言方法や発言時期、場所等を調整し、地方議会としての統一的な意思を適正・円滑に形成するためのものであるから、その前提となる各議員の発言の自由や権利そのものを一般的に阻害し、その機会を奪うに等しい状態を惹起することは、市議会の自主性、自律性の範囲を超えるものといわなければならない」

「一審原告は、市議会議員である以上、一審原告の市議会における発言方法等については、前記のとおり、基本的に、市議会の地位・役割・機能に由来する自主性、自律性に委ねられていると解され、このこと自体については、障害者が健常者かによって違いがあるわけではない。発声障害者の場合、健常者に比べ、発言し得る方法が限定され、議員として議会で発言する場合、発言方法の規制により、議会での発言の機会が奪われる結果となるおそれがより大きいため、そのような結果を招来しないよう、健常者である議員の発言方法を制約する場合は異なる配慮が必要となるにすぎない」

「一審原告は、平成15年4月23日に市議会議員に再選された後、同17年11月28日（パソコン使用を認め、そのデモンストレーションをした日）まで、市議会議員として市議会での発言の権利、自由を侵害されていたといえる。そのため、一審原告が加害行為として指摘し主張する市議会及び被控訴人議員らの対応のうち、上記期間になされたものとして前記1で認定した一連の対応は、一審原告の市議会議員としての議会での発言の権利、自由を侵害するものとして、違法な行為であったといわなければならない」「一審原告は、発声障害者として市議会議員選挙に臨んで当選したのであり、市議会の各議員も、そのことを認識していたと推認されるから、上記のような市議会及び被控訴人議員らの対応について、一審被告市には、国家賠償法1条1項による損害賠償責任があるというべきである」

- ・ 政党：特段の事情がない限り適正な手続きに則っているかどうかしか判断しない

【最判昭 63.12.20 判時 1307-113】 共産党袴田事件[前掲 S60 才 4]

共産党→袴田里見への家屋明渡・不当利得返還請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

除名された幹部への党所有建物の明渡請求

「政党の結社としての自主性にかんがみると、政党の内部的自律権に属する行為は、法律に特別の定めのない限り尊重すべきであるから、政党が組織内の自律的運営として黨員に対してした除名その他の処分の当否については、原則として自律的な解決に委ねるのを相当とし、したがって、政党が黨員に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばない……他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続きに則ってされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られる」→規約に則っており正当

- ・ 宗教法人：教義・信仰の内容には立ち入らない

【最判平 1.9.8】 蓮華寺事件[前掲 27805251]

宗教法人→前代表役員：建物明渡請求、前代表役員→宗教法人：代表役員・責任役員地位確認請求

→一審：建物明渡請求認容、他却下→前住職控訴：全部却下→双方上告棄却

日蓮正宗蓮華寺の住職（＝代表役員）が創価学会と日蓮正宗の関係をめぐって（住職は主戦派）争った末、法主の継承についてまで異説を唱え、処分されたために蓮華寺の住職を外されたもの。

控訴審は日蓮正宗の処分自体、宗教上の争いであるとして全部を却下。

「審理判断する前提として、その者の宗教団体上の地位の・・・選任、剥奪に関する手続上の準則で宗教上の教義、信仰に関する事項に何らかかわりを有しないものに従ってその選任、剥奪がなされたかどうかのみを審理判断すれば足りるときには、裁判所は右の地位の存否の審理判断をすることができるが、右の手続上の準則に従って選任、剥奪がなされたかどうかにとどまらず、宗教上の教義、信仰に関する事項をも審理判断しなければならないときには、裁判所は、かかる事項について一切の審判権を有しない以上、右の地位の存否の審理判断をすることができない」したがって、具体的な権利義務・法律関係の訴訟も「教義、信仰の内容に立ち入ることなくしてその効力の有無を判断することができず、しかも、その判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠のものである場合」は「法律上の争訟」に当たらない」として控訴審の判断を維持。

【最判平 5.9.7】日蓮正宗管長事件[前掲 27815981]

日蓮正宗の代表役員・管長（法主）たる特定人へのその地位の不存在確認→一審却下→控訴棄却→上告棄却
日蓮正宗の教師が法主の継承手続きが不正として訴えたもの。

「特定の者の宗教活動上の地位の存否を審理、判断するにつき、当該宗教団体の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することが必要不可欠である場合には、裁判所は、その者が宗教活動上の地位にあるか否かを審理、判断することができず、その結果、宗教法人の代表役員の地位の存否についても審理、判断することができない」ことになり、訴えは却下すべき。

（大野反対）選定の間接事実（披露や責任役員の承認等の社会的事実）から判断可能で判断すべき（破棄差戻し）

6. 判例変更

【最大判昭 48.4.25】全農林警職法事件[刑掲 27670688]

一審無罪→検察控訴：罰金 5 万円→被告人上告棄却

全農林が警職法反対闘争のため、12 時出勤の半日ストをしたもの。

「あおり」の定義の限定解釈を否定し、全司法仙台事件の判例を変更。

【大阪高決平 16.5.10】判例（郵便法違憲判決後の再審）[なし]

平 14.9.11 の郵便法違憲判決を受けて、平 14.10.21 に再審の訴えを提起したもの→一審（伊丹簡裁）：却下→抗告（神戸地判）：取消（訴え棄却）→再抗告（本件）：取消（再審開始決定）→特別抗告：破棄（抗告却下）

（要旨）「民訴法 338 条 1 項 8 号が再審の途を開く必要があると考えた状況は、憲法適合性の推定を受けて通用していた法律の規定が、ある日最高裁判所によって違憲・無効と判断され、その通用力を失った場合と非常に似通った状況である。つまり、民訴法は、確定判決の根拠となった法律の規定が違憲判断によって通用力を失った場合と類似の場合を想定し、再審による救済を予定していたものとみることができるのである。したがって、違憲判断に従った権利利益の保護を第三者に及ぼすため、民訴法 338 条 1 項 8 号の規定の類推適用を行うことには合理的な理由がある」。基本事件の簡裁判決は、「郵便法 68 条、73 条の規定が憲法 17 条に適合しており、国民の権利義務を画する規定として通用していることを前提として X の請求を棄却したのであるが、この前提が違憲判断によって覆ったのであるから、X は、違憲判断を知った日から 30 日以内に、その旨を主張して再審の訴えを提起することができる

→特別抗告審は、再抗告が即時抗告期間内に申し立てられていないとして破棄自判（再抗告却下）した。

(<https://sites.google.com/site/hougakuten/pan-li-bai-xuan/tong-zhi/216-h16-5-10da-ban-gao-jue-wei-xian-pan-jueno-xiao-lito-zai-shen-kai-shi-jue-ding>)

第3節 憲法訴訟

第1款 憲法訴訟

1. 憲法訴訟の在り方

- ・ドイツ型（憲法裁判所型）：憲法裁判所のみ。抽象的違憲審査→判決は一般的効力を有する
→出訴権者を限定（連邦議会議員の3分の1、連邦政府、裁判所の移送）、憲法保障が目的
- ・アメリカ型（司法裁判所型）：すべての裁判所。具体的・付随的違憲審査→効力は事件限り
→通常裁判と同質性が高い、権利保障が目的 ※両者に接近傾向があるとの指摘

2. 日本はアメリカ流司法裁判所型 ← ドイツ型かどうかは憲法は定めていない（法定すべき）

- ・∵§81 が「司法」の章にあり、憲法裁判所設置の明文なく、原告適格限定もない、司法権の定義に違憲判断も入る、文面上下級審も違憲審査権を有する。

§81：最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である

【最大判昭 25.2.1】判例（下級裁判所の違憲審査権）[27660136]

食糧管理法違反：有罪→上告（高裁）棄却（合憲）→再上告：棄却

「憲法は国の最高法規であつてその条規に反する法律命令等はその効力を有せず、裁判官は憲法及び法律に拘束せられ、また憲法を尊重し擁護する義務を負ふことは憲法の明定するところである。従つて、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問わない。憲法八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもつていないものではない」

【最大判昭 27.10.8】警察予備隊違憲訴訟：抽象的違憲審査を否定[前掲 27003388]

日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件（最高裁に提起）→却下

【最大判昭 48.4.4】尊属殺違憲判決[前掲同 27760999]

一審：通常殺人、過剰防衛で刑を免除→二審：尊属殺人、心神耗弱と酌量減輕で懲役 3 年 6 月

→上告：通常殺人、心神耗弱で懲役 2 年 6 月猶予 3 年

14歳のころから父に姦淫され、その子4人（うち1人は夭逝）を産んだが、7つ下の恋人ができ、結婚したい旨を告げると家に軟禁されたため、夜に父が襲ってきた際に押し倒して手近にあった紐で絞殺したものの。

一審は過剰防衛、心神耗弱、自首を認め、「刑法第二〇〇条は、結局親族共同生活において夫婦関係より親子関係を優先させ、また親子関係においては前記相互平等関係より権威服従の関係と尊卑の身分的秩序を重視した親権優位の旧家族制度的思想に胚胎する差別規定」であるとして通常殺人罪に過剰防衛で刑を免除。

「憲法一四一条一項は……事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取扱いをすることを禁止する趣旨……刑法二〇〇条が憲法の右条項に違反するかどうかは問題となるのであるが、それは右のような差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうかによつて決せられるわけである」

目的「尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもつてただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがつてまた、憲法一四一条一項に違反するということができない」

手段「同条の法定刑は死刑および無期懲役刑のみであり、普通殺人罪に関する同法一九九条の法定刑が、死刑、無期懲役刑のほか三年以上の有期懲役刑となつているのと比較して、刑種選択の範囲が極めて重い刑に限られて

いることは明らか……現行法上許される二回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役三年六月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない……尊属でありながら卑属に対して非道の行為に出で、ついには卑属をして尊属を殺害する事態に立ち至らしめる事例も見られ、かかる場合、卑属の行為は必ずしも現行法の定める尊属殺の重刑をもつて臨むほどの峻厳な非難には値しない……量刑の実状をみても、尊属殺の罪のみにより法定刑を科せられる事例はほとんどなく、その大部分が減軽を加えられており、なかでも現行法上許される二回の減軽を加えられる例が少なくないのみか、その処断刑の下限である懲役三年六月の刑の宣告される場合も決して稀ではない。このことは、卑属の背倫理性が必ずしも常に大であるとはいえないことを示すとともに、尊属殺の法定刑が極端に重きに失していることをも窺わせる……尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役刑に限られている点においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもつてしては、これにつき十分納得すべき説明がつかかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできない」

結論「刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法一九九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、憲法一四条一項に違反して無効であるとしなければならない、したがって、尊属殺にも刑法一九九条を適用するのほかはない」

(岡原補足) 意見、反対意見への反論

(田中意見、小川同調、坂本同調) 親を尊重することは「個人の尊厳と人格価値の平等の原理の上に立つて、個人の自覚に基づき自発的に遵守されるべき道徳であつて、決して、法律をもつて強制されたり、特に厳しい刑罰を科することによつて遵守させようとしたりすべきものではない。尊属殺人の規定が存するがゆえに「孝」の徳行が守られ、この規定が存しないがゆえに「孝」の徳行がすたれるというような考え方は、とうてい、納得することができない。尊属殺人に関する規定は、上述の見地からいつて、単に立法政策の当否の問題に止まるものではなく、憲法を貫く民主主義の根本理念に抵触し、直接には憲法一四条一項に違反するもの」

(下村意見) 「時世の推移、国民思想の変遷、尊属殺人事件の実情等」に鑑みて、今や尊属殺は不要となった

(色川意見) 親子の情は自然的発露であり、報恩などというのは誤り。尊属殺そのものが違憲というべき

(大隅意見) 尊属殺は身分性道徳であり、合理的理由のない身分的差別ゆえ違憲 (近親殺なら合憲たりうる)

(下田反対) 尊属は社会的身分に該当しないし、また加重の程度は立法府の判断を尊重すべき。

3. 司法積極主義と消極主義

- ・積極主義：権力分立、多数決での是正不可能性、法律判断に徹して違憲なら違憲、当事者主義
- ・消極主義：権力分立、裁判所の非民主性、政治的中立性維持、政策判断能力の欠缺

4. 二重の基準論 ← 通説：権利の重要性と民主主義との関係による

- ・厳格：やむにやまれぬ目的、必要最小限の手段、違憲性の推定
→精神的自由、平等権（「生まれ」の差別）、参政権は積極主義を採るべき
→文面審査（過度広汎、漠然不明確、事前抑制）
→さまざまな合憲性判断基準、立法事実は詳細かつ具体的に検討されるべし
- ・中間：重要な目的、実質的関連性ある手段、立証責任不明
- ・合理性：何らかの合理性のある目的・手段、合憲性の推定
→経済的自由は消極主義（特に外交・防衛は統治行為）、立法裁量を広く認める

5. 違憲審査権の根拠

【最大判昭 23.7.8 刑集 2-8-801】 違憲審査権の根拠[S23 れ 188]

「現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八条によつて定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米国憲法においては、前記第一条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マディソン事件の判決以来幾多の判例をもつて違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第一条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定したという点において特徴を有するのである。そしてこの違憲審査権は、近代政治科学における最も特筆大書すべき生産物であると称されているものであつて、この制度の内包する歴史的意義と世紀の使命はまことに深遠であると言わなければならない。憲法第一条によれば、最高裁判所は、一切の法律、一切の命令、一切の規則又は一切の処分について違憲審査権を有する。裁判は一般的抽象的規範を制定するものではなく、個々の事件について具体的処置をつけるものであるから、その本質は一種の処分であることは言うをまためところである。法律、命令、規則又は行政処分の憲法適否性が裁判の過程において終審として最高裁判所において審判されるにかかわらず、裁判の憲法適否性が裁判の過程において終審として最高裁判所において審判されない筈はない。否、一切の抽象的規範は、法律たると命令たると規則たるとを問わず、終審として最高裁判所の違憲審査権に服すると共に、一切の処分は、行政処分たると裁判たるとを問わず、終審として最高裁判所の違憲審査権に服する。すなわち、立法行為も行政行為も司法行為（裁判）も、皆共に裁判の過程においてはピラミッド型において終審として最高裁判所の違憲審査権に服するのである。かく解してこそ、最高裁判所は、初めて憲法裁判所としての性格を完全に発揮することができる」

【最大判昭 27.10.8 民集 6-9-783】 警察予備隊違憲訴訟[前掲 S27 マ 23]

「けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法七六条一項参照）。原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的すなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない」

第2款 憲法事件争訟性

1. 事件争訟性 + 憲法事件争訟性（憲法訴訟としての成熟性）がなければ憲法判断をしない
←憲法訴訟は私権保障の延長であるが、同時に憲法秩序の保障の性格もあるから
→現実的事件性・当事者適格・訴えの利益・終局性
2. 現実的事件性→警察予備隊違憲訴訟
3. 当事者適格：原告に法令や国の行為の合憲性を争う具体的利益があること
 - ・納税者訴訟や実害未発生の場合は不可 → 政教分離違反の訴訟の困難性
 - ・例外：第三者が自らの利益を主張できず、訴訟当事者が判決に大きな影響を受ける場合
【最大判昭 37.11.28】第三者所有物没収事件[前掲 21016692]
一審：懲役 6 月・4 月、船と積荷没収→控訴棄却→上告：懲役 6 月・4 月各猶予 3 年、船のみ没収
「かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である」所有者から賠償請求されるかもしれないから。
(奥野補足) 第三者物の没収時は民事訴訟で救済を求めうるとするのは誤り。
(藤田反対) 第三者の権利が侵害されることを理由に被告人が上告を申し立てるのは許されない。
(下飯坂反対、石坂同旨) 他人についての違憲を理由に違憲審査をするのは司法権の逸脱。
(高木意見) 没収物の所有者は刑訴法等により還付請求できるから、とりあえず没収してよい。
(山田反対) 没収物の所有者は民事訴訟で争いうるから、とりあえず没収してよい。
4. 訴えの利益：憲法判断の必要があること
 - ・ブランドイス 7 準則（1936）：①事件争訟性レベルでの談合的訴訟の拒絶、②憲法訴訟における成熟性の法理、③憲法判断の個別的効力性、④純粹の「憲法判断回避の準則」、⑤事件争訟性レベルでの訴えの利益、⑥憲法訴訟における当事者適格、⑦合憲限定解釈
 - ・するかしないか：通説は裁判所の裁量であるとする ← 司法権の内か外かでは？
 - ・憲法判断は不要として回避した例
【札幌地判昭 42.3.29 下刑集 9-3-359】患庭事件[27681462]
自衛隊法違反事件（野外電話機等の通信線切断）→一審：無罪（確定）
「被告人兩名の切断した本件通信線が自衛隊法一一条にいわゆる「その他の防衛の用に供する物」にあたるか否かを検討してみるに…（基準を 4 つあげ）…これらすべての点にてらすと、多くの実質的疑問が存し、かつ、このように、前記例示物件との類似性の有無に関して実質的な疑問をさしはさむ理由があるばあいには、罪刑法定主義の原則にもとづき、これを消極に解し、「その他の防衛の用に供する物」に該当しないものというのが相当」（検察官・被告人とも器物損壊罪には何ら言及しないから無罪）「およそ、裁判所が一定の立法なりその他の国家行為について違憲審査権を行使しうるのは、具体的な法律上の争訟の裁判においてのみであるとともに、具体的争訟の裁判に必要な限度にかぎられることはいうまでもない。このことを、本件のごとき刑事事件にそくしいうならば、当該事件の裁判の主文の判断に直接かつ絶対必要なばあいだけに、立法その他の国家行為の憲法適否に関する審査決定をなすべきことを意味する。したがって、すでに説示したように、被告人兩名の行為について、自衛隊法一一条の構成要件に該当しないと結論に達した以上、もはや、弁護人ら指摘の憲法問題に関し、なんらの判断をおこなう必要がないのみならず、これをおこなうべきでもないのである」
 - ・必要がないのに違憲判断に踏み込んだ例

【仙台高判平 3.1.10】靖国訴訟岩手二審[27807941]

県議会議長・議員に対して、靖国公式参拝を求める意見書を可決し陳情した際の費用の一部（陳情が16件あったので1/16）、県知事・福祉部長・厚生援護課長に対して靖国神社に対する玉串料のそれぞれ返還請求。

一審：県議長・県議・県知事・福祉部長宛却下、更生援護課長宛棄却

→原告控訴（被告側一部付帯控訴）：県議長・県議・福祉部長宛却下、県知事・更生援護課長宛棄却→上告
靖国神社への公式参拝は違憲であるが、議決そのものは「直ちに違法とはいえない」ので、議長も「議決が一見明らかに違法とはいえない」から責任を問わない。

玉串料は違憲、専決処分をした課長は昭和天皇崩御に伴う大赦で債務免除されているから棄却、県知事は部長の注進で知ってすぐに中止したから帰責できず棄却、また課長への監督義務も同じ理由で棄却

【名古屋高判平 20.4.17 判時 2056-47】自衛隊イラク派遣違憲名古屋訴訟[28141138]

イラク派遣禁止・派遣違憲確認請求・慰謝料請求→一審：差止却下・慰謝料棄却→控訴棄却（確定）

「現在のイラクにおいては、多国籍軍と、その実質に即して国に準ずる組織と認められる武装勢力との間で一国内の治安問題にとどまらない武力を用いた争いが行われており、国際的な武力紛争が行われている……とりわけ、首都バグダッドは……イラク特措法にいう「戦闘地域」に該当する」「現在にまで及ぶ多国籍軍によるイラク駐留及び武装勢力との戦闘は……実質的には当初のイラク攻撃の延長であって、外国勢力である多国籍軍対イラク国内の武装勢力の国際的な戦闘であるということができ、この点から見ても、現在の戦闘状況は、国際的な紛争であると認められる」「航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、前記平成9年2月13日の大森内閣法制局長官の答弁に照らし、他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力の行使を行ったと評価を受けざるを得ない行動である」「現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる」

「憲法前文に「平和のうちに生存する権利」と表現される平和的生存権は……極めて多様で幅の広い権利である」「このような平和的生存権は、現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。法規規範性を有するというべき憲法前文（や憲法9条・13条・第3章に照らし）平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである」「この平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合がある……平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合があると解することができ、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」

しかし、違憲確認請求は抽象的違法確認請求ゆえ却下。差止め請求は民事では無理、抗告訴訟としても原告適格がなく、損害請求も平和的生存権が侵害されたとまではいえないから損害がない。

5. 合憲限定解釈：適合的法解釈を行って、法令違憲の判断を回避する

←立法目的・予測可能性を損ねる、刑罰法規や表現規制立法では積極的に違憲にすべき

【最大判昭 41.10.26】全逋東京中郵事件（郵便法違反教唆）[前掲刑掲]

一審無罪→検察控訴：破棄差戻し→被告人上告：破棄差戻し→差戻控訴：控訴棄却

郵便局員を教唆して争議行為として郵便不取扱をさせたところ、郵便法の郵便不取扱罪の教唆に問われたもの。

「争議行為が労組法一条一項の目的のためであり、暴力の行使その他の不当性を伴わないときは、前に述べたように、正当な争議行為として刑事制裁を科せられないものであり、労組法一条二項が明らかにしているとおり、

郵便法の罰則は適用されないこととなる。これを逆にいえば、争議行為が労組法一条一項の目的に副わず、または暴力の行使その他の不当性を伴う場合には、右の罰則が適用される。また、その違法な争議を教唆した者は、刑法の定めるところにより、共犯の責を免れない] →本件は不当性がなく無罪

(奥野反対、草鹿反対、石田反対) 公務員の争議行為は違法だから労組法 1-2 は適用されない。

(五鬼上反対) 労組法 1-2 が適用されるとしても、公務員の争議行為は違法だから正当な行為ではない。

【最大判昭 44.4.2】 都教組事件 (地方公務員法違反) [前掲刑掲 27670504]

都教組の役員がストライキをさせるために集会参加をあおり行為 (地方公務員法違反) としたものの。勤務評定反対闘争の一環として、8時から職場集会を実施したもの。原審有罪→破棄自判 (無罪)

合憲限定解釈によって地方公務員法は合憲としつつ、刑事罰適用には争議行為自体が違法性の強いものであることを前提とし、そのような違法な争議行為等のあおり行為等であつてはじめて、刑事罰をもつてのぞむ違法性を認めようとする趣旨と解すべき」とする二重の絞り論を展開。

「その争議行為が常に直ちに公務の停廃をきたし、ひいて国民生活全体の利益を害するとはいえないのみならず、ひとしく争議行為といつても、種々の態様のものがあり、きわめて短時間の同盟罷業または怠業のような単純な不作為のごときは、直ちに国民全体の利益を害し、国民生活に重大な支障をもたらすおそれがあるとは必ずしもいえない。地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と、労働基本権を尊重し保障することによって実現しようとする法益との比較較量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である」

「争議行為に通常随伴して行なわれる行為のごときは、処罰の対象とされるべきものではない。それは、争議行為禁止に違反する意味において違法な行為であるということができるとしても、争議行為の一環としての行為にほかならず、これらのあおり行為等をすべて安易に処罰すべきものとするれば、争議行為者不処罰の建前をとる前示地公法の原則に矛盾することにならざるをえないからである」

(松田補足) 全通中郵事件の趣旨は「行為の違法性を一義的に解すべきでなく、刑法において違法とされるか否かは、他の法域における違法性と無関係ではないが、しかし、別個独立に考察されるべき問題である」とし、「反対意見が違法性を一義的に解することは、ややもすると、違法即刑罰とする考に導き易いことを私は慮れる」

(入江意見) 全司法仙台事件に同旨

(岩田意見) 争議行為の程度ではなく目的を踏まえるべき、あおり行為は争議行為に通常随伴するから不可罰。

(奥野、草鹿、石田、下村、松本反対) 条文の解釈の域を逸脱し許されない。

6. 終局性: 「繰り返されるが審理を免れる場合」は判断すべき ← 朝日訴訟はこれにあたらぬ

第3款 違憲審査権の限界

1. 対象: 法律、命令、規則、処分のほか、条例、裁判、私法上の行為を含む全下位法令・政府行為
2. 条約
 - ・ 消極説: 条約優位説、憲法優位説だが 81 条の列举事項にあたらぬので除外する
← 人権制約的な条約を締結したらどうするのか
 - ・ 積極説: 憲法優位説のうち 81 条の「法律」説、「規則又は処分」説、憲法全体の精神・構造説
← 最後が通説。砂川事件最判も条約を対象外とはしていない。違憲としても効力は国内のみ
3. 立法不作為
 - ・ 原則として、いつどのような立法をするかは国会の裁量である
 - 例外) 国籍法 (憲 10)、国家賠償法 (憲 17)、社会保障立法 (憲 25) は必須

第4款 違憲審査の方法・効力

1. 原則＝適用違憲 ∴ 裁判は当該事件を解決するためのものだから

【旭川地判昭 43.3.25】猿払事件一審[前掲 27670453]

総選挙に際して、勤務時間外に非管理職の郵政事務官がポスターを掲出するなどした行為が国家公務員法に反するとされたもの。一審無罪→検察控訴棄却→検察上告破棄自判（罰金 5,000 円）

詳細に検討した上で、懲戒処分は別段、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供に止まるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしで行つた人事院規則一四一七、六項一三号の行為で且つ労働組合活動の一環として行われたと認められる所為に刑事罰を加えることをその適用の範囲内に予定している国公法一〇条一項一九号は、このような行為に適用される限度において、行為に対する制裁としては、合理的にして必要最小限の域を超えたもの」

【最大判昭 49.11.6 刑集 28-9-393】猿払事件最判[前掲 27670762]

総選挙に際して、勤務時間外に非管理職の郵政事務官がポスターを掲出するなどした行為が国家公務員法に反するとされたもの。一審無罪→検察控訴棄却→検察上告破棄自判（罰金 5,000 円）

「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。したがつて、公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであるといわなければならない」

「このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものであるべきである。また、右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない」

「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法一〇二条一項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない」

（大隅、関根、小川、坂本反対） 刑罰規定であるのに人事院規則へ委任するのは違憲

2. 法令違憲：適用審査で当該法令がおよそ一般的に違憲である場合、文面審査で違憲の場合

- ・ 効力：法令違憲の最高裁判決も当該法令を削除する一般的効力は有しない（通説）
∴ 消極的立法であり唯一の立法機関を侵害する、違憲判断はあくまで司法の範疇
＝ 個別的効力説 ⇔ 一般的効力説（最高裁は憲法の番人ゆえ、一般的に効力がある）
→ 最高裁は法令意見の裁判書を国会・内閣に送付し、政治部門が改廃する
- ・ 遡及効はない（通説） ← 刑事・行政事件で人権保障を拡大する内容の判例変更があったとき？
← 人身保護法の人身保護請求が使える、とする有力説
※ 尊属殺違憲判決：内閣は刑が確定していた者に個別に恩赦を行っている

- ・ 将来効判決：当該判例は有効だが、将来に向かって違憲とする手法
 - 少数意見で出される（昭 60 衆議院定数不均衡訴訟、平 7 非嫡出子相続分不均衡訴訟）
 - ←刑事・行政事件で人権保障を縮小する内容の判例変更があったときに例外的に認める？
- 3. 運用違憲（第二次家永教科書事件）・処分違憲（第三者没収事件）
 - ← いずれも法令違憲・適用違憲のいずれかに分類できるのでは

第4章 財政

第1節 財政

第1款 財政の基本原則（83,84条）

1. 財政民主主義(§83)

83条：国の財政を処理する権限は、国会の議決に基いて、これを行使しなければならない

- ・ 財政国会中心主義・財政議会主義：明治憲法では議会の財政統制は制限
 - * 財政を処理する権限：強制的権力作用（租税賦課、徴収）・財政管理作用（国有財産管理）
 - * 国会の議決：一般的抽象的内容・個別具体的内容の両方を含む
- ・ 財政民主主義：財政統制に主権者たる市民の監督・参与を求める ← 83条はこれも含む

2. 租税制度：租税法律主義(§84)

84条：あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする

- ・ 税制法律主義：財産権保護の思想の具体化（「代表なければ課税なし」）
 - * 課税要件法定主義：納税義務者・課税物件・課税標準・課税率・賦課徴収手続の法定
 - * 課税要件明確主義：課税要件・手続が国民にとって明確であること
- ※命令による委任は実務上認められている ← 厳格な要件の下、個別具体的である必要？

【最判昭33.3.28】判例（通達によるパチンコ球遊器課税）[昭30才862]

物品税課税無効確認・納税金返還請求→一審：確認却下・請求棄却→控訴棄却→上告棄却

「社会観念上普通に遊戯具とされているパチンコ球遊器が物品税法上の「遊戯具」のうちに含まれないと解することは困難」「本件の課税がたまたま所論通達を機縁として行われたものであつても、通達の内容が法の正しい解釈に合致するものである以上、本件課税処分は法の根拠に基く処分と解するに妨げがなく、所論違憲の主張は、通達の内容が法の定め合致しないことを前提とするものであつて、採用し得ない」

- ・ 法律の定め有効期限
 - * 永久税主義：税法改正のない限り、一度租税を定めると将来にわたって継続する
 - * 単年税主義：税法の効力を前提し、毎年議会の議決を必要とする

3. 「租税」の範囲

- ・ 租税：公共サービス提供のための収入目的で法律に基づき私人に課する金銭給付
 - ※国・地方公共団体の特別の給付に対する反対給付は含まれない
- ・ 負担金（都市計画・道路）、手数料（免許等）、国の独占事業の料金は租税か
 - ※財政法3条：課徴金・独占事業の専売価格・事業料金は租税に含む（同じ扱い）
 - * 立法政策説：立法政策上財政法3条で規定している
 - * 憲法83条説：財政民主主義の要請から財政法で規定した（通説）：租税と性質が異なる
 - * 憲法84条説：租税法律主義に基づく規定である

第2款 財政支出に関する諸原則(85,87,89条)

1. 国会議決主義—原則(§85)：財政民主主義の支出面での具体化

85条：国費を支出し、又は国が債務を負担するには、国会の議決に基くことを必要とする

- ・「国費の支出」：「国の各般の需要を充たすための現金の支払」(財政法 2-1) →支出の原因不問
- ・「国会の議決」：支出は予算の形式(§86)、債務負担行為は法律か予算による

2. 国会議決主義—予備費(§87)：1項は予備費を設けること自体の議決、2項は支出の議決

87条1項：予見し難い予算の不足に充てるため、国会の議決に基いて予備費を設け、内閣の責任でこれを支出することができる

2項：すべて予備費の支出については、内閣は、事後に国会の承諾を得なければならない

3. 公金支出の制限(§89)

89条：公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない

- ・対象：宗教団体、慈善・教育・博愛の事業。このほか、人権条項に違反する支出も違憲

4. 公金支出の制限：宗教団体

- ・「宗教上の組織若しくは団体」

* 特定宗教活動団体：「特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体」(【最判平 5.2.16】箕面忠魂碑訴訟)

* 宗教活動目的団体：宗教上の事業ないし活動を行う目的を持って組織されている団体(有力)

- ・「使用・便益・維持」：公金その他の公共財産を使用させること、低利の融資や情報提供などを含む便宜を与えること、組織・団体の維持のため財政援助をすることなど

5. 公金支出の制限：公の支配に属さない慈善・教育・博愛の事業

- ・公費濫用防止説：慈善等を名目に公費が濫用されないよう、財政民主主義の点から監督すべき

- ・自主性確保説：私的事業の自主性確保のため公権力の干渉を排除

- ・中立性確保説：特定の宗教的信念・思想の教育への浸透の防止(政教分離原則の補完)

- ・「公の支配」の意味

* 厳格：事業の予算決定・執行監督・人事関与など重大な影響を及ぼし得ること

* 緩やか：「国家の支配の下に特に法的その他の規律を受けている事業」

【千葉地判昭 61.5.28】上記の定義により私学助成を合憲とする

* 総合的：憲法 14,23,25,26 条などとの関連で総合的に判断(通説の私学助成合憲説)

【最大判平 22.1.20】空知太訴訟[前掲 25441646]

請求：使用貸借契約を解除し、宗教的建物の収去と土地の明渡しを請求することを怠る事実の違法確認→一審：認容→被告控訴棄却→被告上告：破棄差戻し

「本件利用提供行為は憲法 89 条に違反し、ひいては憲法 20 条 1 項後段にも違反する」「憲法 89 条・・・の趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり」「憲法 89 条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとするもの」ただし、歴史的経過もあるから、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の

確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法 89 条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべき→神社は神社神道のための施設で、氏子集団は日常的な利用料を払っておらず、宗教的活動を容易にしているから、「一般人の目から見て、市が特定の宗教に対して特別の便益を提供し、これを援助していると評価されてもやむを得ない」から、「世俗的、公共的な目的から始まったもので、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったことが認められる」けれども、違憲の判断は左右されない。

ただし、解消方法は明渡に限られないから、その審理のため破棄差戻し。

（藤田補足）厳格な目的効果基準を支持。本件のような些少なことでも政教分離に反したらダメ。

（田原補足）厳格な目的効果基準を支持。そもそも負担付で寄附を受け入れたのが違法で無効。

（近藤補足）弊害を生じる危険性が低くても政教分離に反するとすべき。撤去は氏子の信教の自由を侵害する。

（甲斐中・中川・古田・竹内意見）宗教施設が怪しく、違憲かどうかの審理不十分だから差戻すべき。

（今井反対）他の解消方法の検討は不要で、上告棄却とすべき。

（堀籠反対）日本の神道は特別で、違憲判断は日本人一般の感覚に反するから、請求棄却すべき。

【高知地判平 10.7.17】判例（神社の建物補修への支出）[平 6 行ウ 2]

損害代位請求→一審：認容（100%）→確定

十和村が宗教法人八幡宮・宗教法人大井河神社の社殿修復工事等に 300 万円ずつ支出したものを。

元村長は民間信仰は地元部落の生活に浸透し宗教団体ではなく、また交付先も部落であると主張。

「憲法八九条にいう「宗教上の組織若しくは団体」、同法二〇条一項後段にいう「宗教団体」とは、いずれも特定の宗教の信仰、礼拝又は普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織又は団体を指す……いずれも、礼拝の対象である祭神、これを礼拝する氏子の集団を有しており、氏子の長である氏子総代長が氏子の集団を統率し、さらに祭司たる神官がいて、その神官が神道の定める祭式に則って祭祀を執り行っている。また、八幡宮、大井河神社いずれも、境内地上に社殿を有し、同社殿は祭神の座所とされ、礼拝の施設となっている。さらに、右両神社は、宗教法人法に基づく法人格を取得している……八幡宮、大井河神社はいずれも、憲法八九条にいう「宗教上の組織若しくは団体」、同法二〇条一項後段にいう「宗教団体」である」「日本国憲法の制定経緯に照らせば、同法二〇条、八九条にいう「宗教」とは神道を第一に念頭に置いたもの、少なくとも神道を明確に意識したものであると言わざるを得ず、これにかんがみれば、八幡宮や大井河神社が教祖、教義、教典を持たず、夏祭りや秋祭り以外に特に活動を行っていないからといって、そのことのみから右両神社が「宗教上の組織若しくは団体」、「宗教団体」でないとはいえない。交付先も区長といいつつ実体は氏子集団で宗教法人と同視できる。本件補助金は「憲法八九条にいう「宗教上の組織若しくは団体」である八幡宮及び大井河神社の維持のために支出され……一般人に対し、十和村が八幡宮、大井河神社という特定の宗教団体を特別に支援しており、右両神社が他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を呼び起こす……から……いずれも憲法八九条に違反」し「憲法二〇条一項後段にいう「宗教団体」である……右両神社に対し特権を与えたものというべきであるから、同支出はいずれも憲法二〇条一項後段に違反する」

【東京高判平 2.1.29】判例（幼児教室への助成）[昭 61 行コ 51]

公金支出差止等請求→一審：棄却→控訴棄却→上告（不明）

町が法人でない幼児教室に不動産を無償利用させ、補助金を支出したのが憲法 14（学校法人の幼稚園より規制が緩いから）、89 条、私立学校法 59、私学助成法附則 2 条 5 項違反（公費助成は 89 条の趣旨から私学助成法による場合しか認められない→裁判で否定）と主張したもの。

「憲法八九条……前段については、国家と宗教の分離を財政面からも確保することを目的とするものであるから、その規制は厳格に解すべきであるが、同条後段の教育の事業に対する支出、利用の規制については、もともと教育は、国家の任務の中でも最も重要なものの一つであり、国ないし地方公共団体も自ら営みうるものであって、

私的な教育事業に対して公的な援助をすることも、一般的には公の利益に沿うものであるから、同条前段のような厳格な規制を要するものではない。同条後段の教育の事業に対する支出、利用の規制の趣旨は、公の支配に属しない教育事業に公の財産が支出又は利用された場合には、教育の事業はそれを営む者の教育についての信念、主義、思想の実現であるから、教育の名の下に、公教育の趣旨、目的に合致しない教育活動に公の財産が支出されたり、利用されたりする虞れがあり、ひいては公の財産が濫費される可能性があることに基づく……このような法の趣旨を考慮すると、教育の事業に対して公の財産を支出し、又は利用させるためには、その教育事業が公の支配に服することを要するが、その程度は、国又は地方公共団体等の公の権力が当該教育事業の運営、存立に影響を及ぼすことにより、右事業が公の利益に沿わない場合にはこれを是正する途が確保され、公の財産が濫費されることを防止しうることをもって足りる……具体的な方法は、当該事業の目的、事業内容、運営形態等諸般の事情によって異なり、必ずしも、当該事業の人事、予算等に公権力が直接的に関与することを要しない。本件教室は、公立幼稚園の代替施設として開設され、施設の大部分を町の無償提供、経営経費のかなりの部分は町補助金で、「財政面では公立の幼稚園と大差」なく「本件教室の存立自体が町の財政的負担に頼っている」「公の財産の利用、支出については、補助金についての一般の規制のほか、本件教室に対する個別の指導により、公の利益に沿わないものに使用又は利用されないように規制、管理され」、予算・人事に町は直接関与していないが「それは、本件教室の目的が、幼児の健全な保育という町の方針に一致し、特定の教育思想に偏するものでなく、その意思決定について保護者による民主的な意思決定の方法が確保されているため、これに直接関与する必要がないため……本件教室と運営が町の助成の趣旨に沿って行われるべきことは、町の本件教室との個別的な協議、指導によって確保されている……以上のような事情の下においては、本件教室についての町の関与が、予算、人事等に直接及ばないものの、本件教室は、町の公立施設に準じた施設として、町の関与を受けている……右の関与により、本件教室の事業が公の利益に沿わない場合にはこれを是正する途が確保され、公の財産の濫費を避けることができる……右の関与をもって憲法八九条にいう「公の支配」に服するものといえることができる」

第3款 財政監督制度

1. 予算制度(§86) ← 作成・提出権は内閣に専属(§73:5)、衆議院の先議権(§60)
86条：内閣は、毎会計年度の予算を作成し、国会に提出して、その審議を受け議決を経なければならない
 - ・ 予算の法的性質：予算という形式で国の収支を監督する
 - * 予算行政（承認）説：予算は行政である ← 財政民主主義の理念に反する
 - * 予算法規範説：法律とは異なるが国法形式である
 - * 予算法律説：法律と同視すべき ← 予算を法律で改正できるのか
2. 予算と法律の不一致の場合：予算法規範説では内閣は法律を誠実に執行するため補正予算や予備費を手当すべきだが、予算法律説では予算法を執行すれば足りる
3. 国会の予算修正権：減額修正の無制限は国会中心財政主義から認められる
 - ・ 増額修正：行政説は否定、法規範説は無制限か同一性を損なわない範囲、法律説は自由修正
→政府見解：内閣の予算提案権を損なわない範囲で可能
4. 予算の不成立 → 暫定予算制度（財政法 30-1）
5. 決算制度(§90)：会計検査院の検査（違法性と正当性の検討）と国会への提出義務
 - ・ 国会審査：両院に同時提出しそれぞれ審査、目的は内閣の政治責任の追及
 - ・ 方法：議院議決説（慣行）と国会議決説 → 審査結果は内容に法的影響なし
90条1項：国の収入支出の決算は、すべて毎年会計検査院がこれを検査し、内閣は、次の年度に、その検査報告とともに、これを国会に提出しなければならない
2項：会計検査院の組織及び権限は、法律でこれを定める
6. 財政状況の公開の原則(§91)：国会・国民への報告義務（→財政法 46条）
91条：内閣は、国会及び国民に対し、定期的に、少くとも毎年一回、国の財政状況について報告しなければならない

第5章 地方自治

第1節 地方自治

第1款 地方自治の本旨（92条）

1. 地方自治の憲法的保障(§92)

- ・ 戦前：国家統治の効率化のための地方委任（都道府県は半官治団体：知事は国の官吏で任命制）
- ・ 戦後：地方自治の憲法的保障（都道府県も完全自治体：知事公選制・公吏制）
- ・ 「地方自治の本旨」：団体自治（立憲主義・国家に対する自由主義）と住民自治（民主主義）
→あくまで住民自治が目的で、団体自治は手段

§92 地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める

2. 地方自治の保障の性質

- ・ 固有説：自治権は地方公共団体の固有権（前国家的存在：仏）←主権不可分
→新固有説：自治体の独自の人権としての自治権 ← 法人の人権肯定が前提
- ・ 伝來說：法律に基づく伝来的なもの = 憲法により与えられた保障
- ・ 制度的保障説：歴史的・伝統的・理念的な公法上の制度保障 ← 統治制度そのものでは？
→地方自治の本旨は核心部分 = 議会設置、首長直接公選制、条例制定権、二段階制

第2款 地方公共団体（93,94条）

1. 組織：対象たる地方公共団体の意義→憲法上規定なし
 - ・一定の区域（地理的要素）・住民（人的要素）・統治権（統治団体の権能）という要素から、国の領土の中の一定の区域を地理的存立基盤として、その区域内に住所を有する住民により民主的自治的に決定された意思に基づき、区域内における公共的な事務を一般的に処理する総合的な統治団体として、国から独立した法人格を与えられたもの
 - ・地方自治法：普通地方公共団体（都道府県市町村）と特別地方公共団体（特別区・組合等）
 - ・戦後の逆コース：1954 自治体警察廃止、1956 教育委員任命制・町村合併促進
2. 特別区：1999 地自法改正で「基礎的な地方公共団体」に
 - ・区長公選でなくても合憲 ← 二重の自治に反する、都知事は全都選出ゆえ団体自治侵害

* 1952～1974 まで都知事の任命制

【最大判昭 38.3.27】東京都区長公選訴訟（渋谷区長に関する贈収賄事件）[昭 37 あ 900]

贈収賄罪→一審：無罪（区長公選制廃止違憲）→跳躍上告：破棄差戻し→差戻一審：有罪（猶予付懲役）

渋谷区議会が区長候補を定めるにあたって、区議会議員に贈賄したもの

「憲法は、九三条二項において「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙する。」と規定している。何がここにいる地方公共団体であるかについては、何ら明示するところはないが、憲法が特に一章を設けて地方自治を保障するにいたつた所以のものは、新憲法の基調とする政治民主化の一環として、住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となつて処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たもの……この趣旨に徴するときは、右の地方公共団体といふ得るためには、単に法律で地方公共団体として取り扱われているということだけではならず、事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤が存在し、沿革的にみても、また現実の行政の上においても、相当程度の自主立法権、自主行政権、自主財政権等地方自治の基本的権能を附与された地域団体であることを必要とする……かかる実体を備えた団体である以上、その実体を無視して、憲法で保障した地方自治の権能を法律を以て奪うことは、許されない……東京都の特別区についてこれを見るに、区は、明治一一年郡区町村編制法施行以来地方団体としての長い歴史と伝統を有するものではあるが、未だ市町村のごとき完全な自治体としての地位を有していたことはなく、そうした機能を果たしたこともなかつた」が戦後は転換し「地方自治法においても、特別区は「特別地方公共団体」とし、原則として市に関する規定が適用されることとなつた」が「これら法律の建前が特別区の事務、事業の上にそのまま実現されたわけではなく、政治の実際面においては、区長の公選が実施された程度で、その他は都制下におけるとさしたる変化はなく、特別区は区域内の住民に対して直接行政を執行するとはいえ、その範囲および権限において、市の場合とは著しく趣きを異にするところが少なくなかつた…（地方自治法の都の特別区についての条例制定権、都吏員の配置、事務の多くの都への留保、その他警察法、消防組織法、道路法等、地方税法上区は独立の課税権を有しないことを挙げ）…特別区は昭和二一年九月都制の一部改正によつて自治権の拡充強化が図られたが、翌二二年四月制定の地方自治法をはじめその他の法律によつてその自治権に重大な制約が加えられているのは、東京都の戦後における急速な経済の発展、文化の興隆と、住民の日常生活が、特別区の範囲を超えて他の地域に及ぶもの多く、都心と郊外の昼夜の人口差は次第に甚だしく、区の財源の偏在化も益々著しくなり、二三区の存する地域全体にわたり統一と均衡と計画性のある大都市行政を実現せんとする要請に基づくものであつて、所詮、特別区が、東京都という市の性格をも併有した独立地方公共団体の一部を形成していることに基因する」「特別区の実体が右のごときものである以上、特別区は、その長の公選制が法律によつて認められていたとはいえ、憲法制定当時においてもまた昭和二七年八月地方自治法改正当時においても、憲法九三条二項の地方公共団体と認め

ることはできない……改正地方自治法が右公選制を廃止し、これに代えて、区長は特別区の議会の議員の選挙権を有する者で年齢二五年以上のものの中から特別区の議会が都知事の同意を得て選任するという方法を採用したからといって、それは立法政策の問題にほかならず、憲法九三条二項に違反するものということとはできない(垂水補足) 非合理的な合併等は違憲。ただ立法政策上の問題でも、地方公共団体でなくする場合は公的総意を聞くくらいの手続を採った方が民主的。ただそれをしなかったからといって違憲とはいえない。

3. 二層制：都道府県（市町村を包括する広域の地方公共団体）と市町村（基礎的な地方公共団体）
←憲法の要請か？ ※あまり広域化・大規模化すると憲法規定の統治構造の目的阻害のおそれ

- ・二層制絶対要請説：都道府県と市町村の二層制
- ・二層制原則要請説：地方自治に反しない限り、道州制も立法政策の範囲
- ・純粹立法政策説：すべて立法政策による

※市町村合併：適正な規模があるのではないが、経済合理性のみの合併の弊害

4. 機関：議会(§93-1)と長らの直接選挙(§93-2)

- ・地方公共団体の長：執行機関で直接選挙、住民解職請求・議会不信任決議が地自法に規定
- ・地方議会：国会と比べると、最高機関性はない

* 町村総会(地自法 94,95)：現行法では東京都宇津木村（→八丈町に合併）のみ

§93-1 地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する

#2 地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する

【最大判昭 42.5.24】国会議員の免責特権の地方議会への適用[S38 あ 1184:刑集 21-4-505]

佐賀県議会で議長採決妨害のため暴行したのが公執妨害等に問われたもの

「憲法上、国権の最高機関たる国会について、広範な議院自律権を認め、ことに、議院の発言について、憲法五一条に、いわゆる免責特権を与えているからといって、その理をそのまま直ちに地方議会にあてはめ、地方議会についても、国会と同様の議会自治・議会自律の原則を認め、さらに、地方議会議員の発言についても、いわゆる免責特権を憲法上保障しているものと解すべき根拠はない。もつとも、地方議会についても、法律の定めるところにより、その機能を適切に果たさせるため、ある程度に自治・自律の権能が認められてはいるが、その自治・自律の権能が認められている範囲内の行為についても、原則的に、裁判所の司法審査権の介入が許される……(最大判昭 35.3.9 参照) ……言論の域を超えた実力の行使については、所論のような議員の免責特権その他特別の取扱いを認めるべき合理的な理由は見出しがたいといわなければならない」(→告発なく罪に問いうる)

5. 権限：具体的な内容は地方自治法による

- ・旧地自法：自治事務（公共事務、団体委任事務、行政事務）と機関委任事務→「3割自治」
⇔国の専属義務（司法,刑罰,郵便,外交,国防,幣制）
- ・現地自法：自治事務と法定受託事務、国の関与の法定主義・必要最小限度の原則(245/2-~3)

※第三者機関の国地方係争処理委員会（地自法 250/7~252）

§94 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる

【最大判平 8.8.28 民集 50-7-1952】沖縄代理署名職務執行命令訴訟[平 8 行ツ 90]

「被告は、那覇防衛施設局長が、日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法一四条一項により適用される土地収用法三六条の規定に基づき、別紙土地目録記載の各土地に係る土地調査

及び物件調書を作成するにつき、左記により、同条五項に基づいて立会人を指名し、署名押印させよ」請求→一審(高裁)：認容→上告棄却

○土地収用の署名等代行事務は国の事務であって、それを都道府県知事に機関委任したもの

○「都道府県知事は、地方住民の選挙によって選任され、当該都道府県の執行機関として、本来、国の機関に対して自主独立の地位を有するものであるが、他面、法律に基づき委任された国の事務を処理する関係においては、国の機関としての地位を有し、その事務処理については、主務大臣の指揮監督を受けるべき（国家行政組織法一五条一項、地方自治法一五〇条）……右事務の管理執行に関する主務大臣の指揮監督につき、いわゆる上命下服の関係にある国の本来の行政機構内部における指揮監督の方法と同様の方法を採用することは、都道府県知事本来の地位の自主独立性を害し、ひいては地方自治の本旨にもとる結果となるおそれがある……地方自治法一五一条の二は、都道府県知事本来の地位の自主独立性の尊重と国の委任事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の実効性の確保との間の調和を図るために職務執行命令訴訟の制度を採用している……同条が裁判所を関与させることとしたのは、主務大臣が都道府県知事に対して発した職務執行命令の適法性を裁判所に判断させ、裁判所がその適法性を認めた場合に初めて主務大臣において代執行権を行使し得るものとするのが、右の調和を図るゆえんであるとの趣旨に出たもの……この趣旨から考えると、職務執行命令訴訟においては、下命者である主務大臣の判断の優越性を前提に都道府県知事が職務執行命令に拘束されるか否かを判断すべきものと解するのは相当でなく、主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべき」→原審は「職務執行命令の適法性の審査とは都道府県知事が法令上当該国の事務を執行する義務を負うか否かの審査を意味すると解した上、裁判所も都道府県知事に審査権が付与されていない事項を審査することは許されない」としたが、違憲な職務執行命令はそれ自体違法ゆえ、行政組織法上は拒否できないが裁判所は審理できる。

○命令は適法であって、地自法の規定も違憲はないから上告棄却

（園部補足）機関訴訟だが、公法上の給付訴訟の実質を有する

（大野、高橋、尾崎、河合、遠藤、藤井補足）駐留軍基地の集中を理由にするのは司法権の限界を超える

第3款 条例 (94 条後段)

1. 条例制定権(§94)

・ 条例とは

- * 狭義説：地方議会の議決によって制定された条例(地自法 14-1,96-1:1)
- * 広義説：長の制定する規則(地自法 15)も含む(多数)
- * 最広義説：委員会の定める規則その他の規定も含む

・ 条例制定権の根拠

- * 自治権ゆえ憲法 92 条に含まれる
- * 憲法 94 条により創設的に付与された
- * 92・94 条とも根拠である
- * 条例は委任立法であり、地自法 14-1 が一般的授權条項である

§94 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる

【最大判昭 37.5.30】大阪市売春防止条例事件[後掲 昭 31 あ 4289]

条例違反 (売春目的勧誘) →一審：罰金 5,000 円→控訴棄却→上告棄却

「わが憲法の下における社会生活の法的規律は、通常、基本的なそして全国にわたり画一的効力を持つ法律によつてなされるが、中には各地方の自然的ないし社会的状態に応じその地方の住民自身の理想に従つた規律をさせるためこれを各地方公共団体の自治に委ねる方が一層民主主義的かつ合目的なものもあり、また、ときには、いずれの方法によつて規律しても差支えないものもあるので、憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定めるべく(憲法九二条)、これに議会を設置し、その議員、地方公共団体の長等は、その住民が直接これを選挙すべきもの(同九三条)と定めた上、地方公共団体は、その事務を処理し行政を執行する等の権能を有するほか、法律の範囲内で条例を制定することができる旨を定めた(同九四条)(最大判昭 33.10.15 参照)……地方公共団体の制定する条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき(同九二条)、直接憲法九四条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法に外ならない。従つて条例を制定する権能もその効力も法律の認める範囲を越えることはできないけれども、法律の範囲内にあるかぎり、条例はその効力を有する…(最大判昭 29.11.24 参照)」

2. 条例制定権の範囲・限界：「法律の範囲内」

・ 同一事項で法律・条例がある場合の関係

- * 法律先占論(旧通説)：「上乗せ条例」や「横出し条例」はアウト→公害問題を中心に疑問
- * 法律占有論：法律が明示的・黙示的に占有する事項は、法律の明示的委任なく条例制定不可
- * 地方自治の本旨、生存権・財産権保障のため、地域の自主性をできるだけ尊重すべき
- ・ 判例：同一目的であっても、法律が地方の実情に応じた規制を容認する場合は矛盾しない
→国の専属事業(刑事・司法)や全国的統一の必要なものは不可(財産権の内容、右側通行)

【最大判昭 50.9.10 刑集 29-8-489】徳島市公安条例事件[前掲 昭 48 あ 910]

一審：罰金 5,000 円(条例は憲法 31 条違反、道路交通法違反で罰金)

→検察控訴：棄却→検察上告：破棄自判：罰金 10,000 円

「このように、道路交通法は道路交通秩序の維持を目的とするのに対し、本条例は道路交通秩序の維持にとどまらず、地方公共の安寧と秩序の維持という、より広はん、かつ、総合的な目的を有するのであるから、両者はそ

の規制の目的を全く同じくするものとはいえない」部分的に共通する点もありうるが、しかし「地方自治法一四
条一項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法二条二項の事務に関し条例を制定することが
できる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しない
ことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでな
く、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しな
ければならない。例えば、ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令
全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨
であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、
特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律
を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、
両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制
を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すこと
を容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令
に違反する問題は生じえない」→道交法は集団行進等についての別個の規制を容認しているから有効。

・法律留保事項の条例による規制

* 権利の制約 → 条例は憲法上の地方公共団体の自主立法制度ゆえ、それ自体は違憲ではない

【最大判昭 38.6.26】奈良県ため池条例事件[前掲 27670298]

一審：罰金 2.7~0.3 万円→控訴：全員無罪→上告：破棄差戻し

「ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使と
して保障されていないものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にある……これらの行為を条例
をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定
するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、これを条例で定めたから
といつて、違憲または違法の点は認められない」また、「事柄によつては、特定または若干の地方公共団体の特
殊な事情により、国において法律で一律に定めることが困難または不適當なことがあり、その地方公共団体ごと
に、その条例で定めることが、容易且つ適切なことがある」。そして、本件はそれにあたるから「本条例は、憲
法二九条二項に違反して条例をもつては規定し得ない事項を規定したものでな」い。

(奥野補足) 権利濫用行為の禁止にすぎないから条例で定めても違憲ではない。

(河村反対) 法律に基づかない条例による制限だから、違憲。

(山田反対) 父祖以来の耕作地で補償が必要だし、条例では制限できない。よつて違憲。

(横田反対) 財産権の制限は法律の明示的委任が必要ゆえ違憲。

* 租税法律主義との関係 (条例による課税)：自主財政権・財源確保の手段ゆえ合憲

・学説：憲 84「法律」は条例も含む or 92「地方自治の本旨」or 94「行政の執行」が根拠

【福岡地判昭 55.6.5】大牟田市電気税訴訟[昭 50 ワ 329]

大牟田市→国宛損害賠償請求→一審：棄却→控訴(不明)(市町村税である電気ガス税について、法律で特定産業に
係る非課税措置を定めたのが 92,14 条違反で違憲と主張したもの)

「憲法九二条……は憲法がその実現すべき理想の一つとして掲げる民主主義を徹底するために、地方公共団体に
関する一般的な原則として、凡そ地方公共団体とされたものは、国から多少とも独立した地位を有し、その地域
の公共事務はその住民の意思に基づいて自主的に行われるべきであるという政治理念を表明したもの……地方
公共団体の組織及び運営に関する事項を定める法律は、右の意味で地方公共団体の自治権を保障するものでな
ければならない……地方公共団体がその住民に対し、国から一応独立の統治権を有するものである以上、事務の遂
行を実効あらしめるためには、その財政運営についてのいわゆる自主財政権ひいては財源確保の手段としての課

税権もこれを憲法は認めている……憲法はその九四条で地方公共団体の自治権を具体化して定めているが、そこにいう「行政の執行」には租税の賦課、徴収をも含む……例えば、地方公共団体の課税権を全く否定し又はこれに準ずる内容の法律は違憲無効たるを免れない」「憲法九四条、基本的には九二条によつて認められる自治権がいかなる内容を有するかについては、憲法自体から窺い知ることはできない。そもそも憲法は地方自治の制度を制度として保障しているのであつて……その具体化は憲法全体の精神に照らしたうでの立法者の決定に委ねられている……自治権の要素としての課税権の内容においても同断であり、憲法上地方公共団体に認められる課税権は、地方公共団体とされるもの一般に対し抽象的に認められた租税の賦課、徴収の権能であつて、憲法は特定の地方公共団体に具体的税目についての課税権を認めたものではない。税源をどこに求めるか、ある税目を国税とするか地方税とするか、地方税とした場合に市町村税とするか都道府県税とするか、課税客体、課税標準、税率等の内容をいかに定めるか等については、憲法自体から結論を導き出すことはできず、その具体化は法律(ないしそれ以下の法令)の規定に待たざるをえない」「電気ガス税という具体的税目についての課税権は、地方税法五条二項によつて初めて原告大牟田市に認められるものであり、しかもそれは、同法に定められた内容のものとして与えられるものであつて、原告は地方税法の規定が許容する限度においてのみ、条例を定めその住民に対し電気ガス税を賦課徴収しうるにすぎない」→法律に非課税措置が規定される以上、そこへの課税権はない

【秋田地判昭 54.4.27】 秋田市国民健康保険税条例事件[昭 50 行ウ 3,昭 51 行ウ 9 他]

国民健康保険税賦課処分取消請求→一審：認容→控訴棄却→上告（不明だがおそらく棄却）

条例が憲 30,84,地方税法 3 の租税法律主義の原則違反とする

「地方税につき憲法八四条に規定する租税法律主義の原則は、憲法九二条、九四条、地方自治法一〇条、一四條、二二三條、地方税法二條の規定により、地方公共団体がその有する課税権に基づき地方税法の定める範囲内で、あらたに地方税を課し、または現行の地方税を変更するには、条例によつてその租税要件、手続規定等を定めることを要するとする趣旨でその適用がある……地方税法三條一項において「地方団体は、その地方税の税目、課税客体、課税標準、税率その他賦課徴収について定めをするには、当該地方団体の条例によらなければならない」旨規定することによりその趣旨を明らかにしたもの」本件条例は「まず課税総額を決定し、これを所得割総額、資産割総額、被保険者均等割総額、世帯別平等割総額に区分し、課税総額中に占める割合を定め、所得割については四條一項所定の総所得金額等を課税標準（以下所得割課税標準額という）と定め、右課税標準の総額をもつて所得割総額を除し、資産割については五條所定の固定資産税額の総額をもつて資産割総額を除して得た数を税率とし、被保険者均等割、世帯別平等割については被保険者総数、世帯総数等で除した額を税率と規定」し税額は課税標準と定率又は定額により定めるのが原則だが「税要件が行政庁の恣意を容れる余地のない程度に明確かつ一義的に規定されている限り課税要件法定主義の要請を充たす」のでただちに違憲ではない。しかし、実際は収支見通しにより国家負担金や繰越金を加減しており、結局市の裁量を許容し「課税総額および税率が賦課期日現在において一義的、客観的に定まり、被告の税額確定手続を経由することにより課税額が具体的に確定すると解することは困難」であるから、憲法 84 条（租税法律主義）に反し無効。

【秋田高支判昭 57.7.23】 秋田市国民健康保険税条例事件[昭 54 行コ 1]

「いわゆる租税法律主義とは、行政権が法律に基づかずに租税を賦課徴収することはできないとすることにより、行政権による恣意的な課税から国民を保護するための原則であつて、憲法八四条の「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」との規定は、この原則を明らかにしたものの……地方自治に関する憲法九二条に照らせば、地方自治の本旨に基づいて行われるべき地方公共団体による地方税の賦課徴収については、住民の代表たる議会の制定した条例に基づかずに租税を賦課徴収することはできないという租税（地方税）条例主義が要請されるというべきであつて、この意味で、憲法八四条にいう「法律」には地方税についての条例を含むもの……地方税法三條……は、右憲法上の要請を確認的に明らかにしたものの……地方税条例主義の下においては、地方税の賦課徴収の直接の根拠となるのは条例であつて、法律ではないことになり、地方税法は地方税の課税の枠を定めたもの……租税法律（条例）主義は、行政権の恣意的課

税を排するという目的からして、当然に、課税要件のすべてと租税の賦課徴収手続は、法律（条例）によつて規定されなければならないという課税要件法定（条例）主義と、その法律（条例）における課税要件の定めはできるだけ一義的に明確でなければならないという課税要件明確主義とを内包する……課税要件法定（条例）主義と
いつても、課税要件のすべてが法律（条例）自体において規定されていなければならない、課税要件に関して、法律（条例）が行政庁による命令（規則）に委任することが一切許されないというものではなく、ただ、その命令（規則）への委任立法は、他の場合よりも、特に最小限度にとどめなければならないとの要請が働く……課税要件明確主義の下でも、課税要件に関する定めが、できるかぎり一義的に明確であることが要請されるのであるが、租税の公平負担を図るため、特に不当な租税回避行為を許さないため、課税要件の定めについて、不確定概念を用いることは不可避であるから、かかる場合についても、直ちに課税要件明確主義に反すると断ずることはできないし、その他の場合でも、諸般の事情に照らし、不確定概念の使用が租税主義の実現にとつてやむをえないものであり、恣意的課税を許さないという租税法律（条例）主義の基本精神を没却するものではないと認められる場合には、課税要件に関して不確定概念を用いることが許される余地がある……ただし、立法技術上の困難などを理由に、安易に不確定、不明確な概念を用いることが許されないことはもとより当然……許容されるべき不確定概念は、その立法趣旨などに照らした合理的な解釈によつて、その具体的意義を明確にできるものであることを要する……このような解釈によつても、その具体的意義を明確にできない不確定、不明確な概念を課税要件に関する定め用いることは、結局、その租税の賦課徴収に課税権者の恣意が介入する余地を否定できないものであるから、租税法律（条例）主義の基本精神を没却するものとして許容できない」→結局は「重要な課税要件たる課税総額の確定をこのように広汎な裁量の余地のあるままに控訴人に委ねた条例二条の課税総額規定はやはり課税要件条例主義に反する」規定不明確ゆえ課税要件明確主義にも反するから、違憲無効。

【最判平 18.3.1】旭川市国民健康保険料条例事件[平 12 行ツ 62,行ヒ 66]

市・市長宛国民健康保険料賦課処分取消→一審：市宛認容、市長却下→控訴：取消・却下（予備的確認請求等棄却）→上告棄却

「保険料に憲法 8 4 条の規定が直接に適用されることはないというべきである（国民健康保険税は、前記のとおり目的税であつて、上記の反対給付として徴収されるものであるが、形式が税である以上は、憲法 8 4 条の規定が適用される）」が法律の留保の厳格化ゆえ「租税以外の公課であつても、賦課徴収の強制の度合い等の点において租税に類似する性質を有するものについては、憲法 8 4 条の趣旨が及ぶと解すべきであるが、その場合であつても、租税以外の公課は、租税とその性質が共通する点や異なる点があり、また、賦課徴収の目的に応じて多種多様であるから、賦課要件が法律又は条例にどの程度明確に定められるべきかなどその規律の在り方については、当該公課の性質、賦課徴収の目的、その強制の度合い等を総合考慮して判断すべき」→保険料もそう。しかし保険料率の決定方式は恣意的判断が加わる余地はないから違憲ではない。恒常的に困窮する者を免除対象にしない規定も、法律の委任に反さず、著しく不合理でもなく、経済的弱者への合理的理由のない差別でもないから憲法 25,14 条違反ではない。減免を認めなかったのも 25 条違反ではない。

（滝井補足）市長に委ねる点は、一定程度やむをえない部分もあり、決算や翌年度予算による保険集団の民主的統制に服させるのは仕方ない。

* 罪刑法定主義との関係（条例による罰則）

←地自法 14-3：法令の特別の定めがない限り、2 年以下自由刑、100 万円以下罰金等が可能

- ・ 憲法直接授權説：憲 94 は条例制定権の中に罰則設定権も含み、法律の委任を要しない
- ・ 一般的包括的法律授權説：法律の特別の授權が必要だが、一般的包括的で足りる
- ・ 限定的授權説：相当程度具体的・限定的な法律の委任が必要（通・判）

【最大判昭 37.5.30】大阪市売春防止条例事件[昭 31 あ 4289]

条例違反（売春目的勧誘）→一審：罰金 5,000 円→控訴棄却→上告棄却

「憲法三一条はかならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものでなく、法律の授権によつてそれ以下の法令によつて定めることもできる……ただ、法律の授権が不特定な一般的の白紙委任的なものであつてはならない……地方自治法二条に規定された事項のうちで、本件に関係のあるのは三項七号及び一号に挙げられた事項であるが、これらの事項は相当に具体的な内容のものであるし、同法一四条五項による罰則の範囲も限定されている……条例は、法律以下の法令といつても……公選の議員をもつて組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であつて、行政府の制定する命令等とは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもつて組織する国会の議決を経て制定される法律に類するものであるから、条例によつて刑罰を定める場合には、法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりる……地方自治法二条三項七号及び一号のように相当に具体的な内容の事項につき、同法一四条五項のように限定された刑罰の範囲内において、条例をもつて罰則を定めることができるとしたのは、憲法三一条の意味において法律の定める手続によつて刑罰を科するものといふことができるのであつて、所論のように同条に違反するとはいえない。従つて地方自治法一四条五項に基づく本件条例の右条項も憲法同条に違反するものといふことができない」

(入江補足) 条例による罰則は地自法の規定が根拠。一般的委任は許されないが、地自法の他の規定とあいまっており、一般的委任とはいえない。

(垂水補足・藤田同調) 憲 94 により、政令と違つて一般的委任でもよい。条例制定権は憲 94 から与えられたもので、憲 31 の法律が国会の定めた法律であるべきことの憲法上の例外規定である。

(奥野補足) 地自法の一般的委任規定は制限があるから、これを根拠に罰則を設けても憲 31 違反ではない。

- * 横出し条例・上乘せ条例：法律は最低基準を定めたものなら可能（ナショナル・ミニマム論）
- ・ 法律を超える制限として違法とした例

【最判昭 53.12.21】高知市普通河川管理条例事件[昭 53 行ツ 35]

工作物除却命令無効確認請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

「憲法九四条は、「地方公共団体は、……法律の範囲内で条例を制定することができる。」と定め、また、地方自治法一四条一項も、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる。」と定めている。これは、条例制定権の根拠であるとともに、その範囲と限界を定めたものである。したがつて、普通地方公共団体は、法令の明文の規定又はその趣旨に反する条例を制定することは許されず、そのような法令の明文の規定又はその趣旨に反する条例は、たとえ制定されても、条例としての効力を有しない」条例対象の普通河川は、河川法の適用も準用もないが、「河川法は、普通河川については、適用河川又は準用河川に対する管理以上に強力な河川管理は施さない趣旨であると解されるから、普通地方公共団体が条例をもつて普通河川の管理に関する定めをするについても（普通地方公共団体がこのような定めをすることができることは、地方自治法二条二項、同条三項二号、一四条一項により明らかである。）、河川法が適用河川等について定めるところ以上に強力な河川管理の定めをすることは、同法に違反し、許されない」→河川法上所有者の同意がない護岸等は河川管理権に服さない以上、条例で設置だけで管理権に服させるのは違法。

【東京高判平 15.1.30】東京都銀行税事件[平 14 行コ 94,245～261]

東京都外形標準課税条例等無効確認、納付税額還付請求、損賠請求等→一審：無効確認・都知事宛却下、納付税額給付・損賠認容→控訴：原告控訴棄却、一部却下、被告控訴・原告追加請求により給付額変更→上告：和解

「一審被告東京都が、各事業年度の終了日に資金量 5 兆円以上の銀行業等を行う法人に対し、業務粗利益を課税標準として税率 100分の3の法人事業税を課税する本件条例を制定したことについて、納税義務者である一審原告らが、本件条例は憲法及び地方税法の関係する条項に違反して無効であると主張して」還付・国賠等を請求。

「地方税法は、一方で、原則的課税標準を「所得」としてその税率をも法定し、他方で、地方公共団体に対し、「事業の情況」という解釈に幅のある表現で外形標準課税を導入できるようにするとともに、均衡要件により、原則的課税標準及び税率による税負担と、著しく均衡を失ないように定めるべきことを求めている」

○課税標準の適否「事業税の課税という局面において、事業としての銀行業等の規模・活動量を表すものとして

「業務粗利益」を採用した一審被告東京都の裁量判断の合理性であり、地方税法72条の19は、「等」という地方公共団体に一定の裁量を認めた表現を採っている上に、「業務粗利益」が、銀行業界から対外的に、銀行業の業務や収益の状況に係る情報を伝える概念として、一般的、日常的に活用されていることも合わせ考えれば、事業税の課税客体である事業としての銀行業等の規模・活動量を測定するものとして、「業務粗利益」を課税標準として採用した一審被告東京都の判断が、合理性を欠くものと断定することはできない]

○均衡要件：所得への課税に比べて最大数千倍で、もともと課税が0に近いのを考慮しても地方税法「72条の22第9項には違反するものであり、憲法違反の主張等一審原告らのその余の主張について判断するまでもなく、違法……地方税法72条の22第9項の歯止めの機能から見て、本件条例は、地方税法上与えられた条例制定権を超えて制定されたものであって、無効である」(→和解は税率を3%から0.9%に引き下げるもの)

○国賠：客観的な注意義務違反はなく、国賠は認められない

【最判平 25.3.21】神奈川県臨時特例企業税事件[平 22 行ヒ 242]

神奈川県臨時特例企業税通知処分取消、納付税額給付請求→一審：給付認容(取消は撤回?)→控訴：取消・請求棄却→上告：破棄自判(控訴棄却)

「神奈川県臨時特例企業税条例に基づき道府県法定外普通税である臨時特例企業税を課された上告人が、本件条例は法人の行う事業に対する事業税の課税標準である所得の金額の計算につき欠損金の繰越控除を定めた地方税法の規定に違反し、違法、無効であるなどと主張して、被上告人に対し、主位的に、上告人が納付した平成15年度分及び同16年度分の特例企業税、過少申告加算金及び延滞金に相当する金額の誤納金としての還付並びにその還付加算金の支払を、予備的に、神奈川県川崎県税務所長が上告人に対してした上記各年度分の特例企業税の更正及び過少申告加算金の決定の取消し並びに上記金額の過納金としての還付及びその還付加算金の支払を求める事案」 「本件条例は、当分の間の措置として、神奈川県内に事務所又は事業所を設けて行う資本金等の金額が5億円以上の法人の事業活動に対し、当該法人に、地方税法4条3項に基づく法定外普通税である特例企業税」として繰越控除欠損金額控除前の所得に3%を課税したものの。

「普通地方公共団体は、地方自治の本旨に従い、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有するものであり(憲法92条、94条)、その本旨に従ってこれらを行うためにはその財源を自ら調達する権能を有することが必要であることからすると、普通地方公共団体は、地方自治の不可欠の要素として、その区域内における当該普通地方公共団体の役務の提供等を受ける個人又は法人に対して国とは別途に課税権の主体となることが憲法上予定されている……憲法は、普通地方公共団体の課税権の具体的内容について規定しておらず、普通地方公共団体の組織及び運営に関する事項は法律でこれを定めるものとし(92条)、普通地方公共団体は法律の範囲内で条例を制定することができるものとしていること(94条)、さらに、租税の賦課については国民の税負担全体の程度や国と地方の間ないし普通地方公共団体相互間の財源の配分等の観点からの調整が必要であることに照らせば、普通地方公共団体が課することができる租税の税目、課税客体、課税標準、税率その他の事項については、憲法上、租税法律主義(84条)の原則の下で、法律において地方自治の本旨を踏まえてその準則を定めることが予定されており、これらの事項について法律において準則が定められた場合には、普通地方公共団体の課税権は、これに従ってその範囲内で行使されなければならない」

「地方税法が、法人事業税を始めとする法定普通税につき、徴収に要すべき経費が徴収すべき税額に比して多額であると認められるなど特別の事情があるとき以外は、普通地方公共団体が必ず課税しなければならない租税としてこれを定めており(4条2項、5条2項)、税目、課税客体、課税標準及びその算定方法、標準税率と制限税率、非課税物件、更にはこれらの特例についてまで詳細かつ具体的な規定を設けていることからすると、同法の定める法定普通税についての規定は、標準税率に関する規定のようにこれと異なる条例の定めを許容するものと解される別段の定めのあるものを除き、任意規定ではなく強行規定である……普通地方公共団体は、地方税に関する条例の制定や改正に当たっては、同法の定める準則に拘束され、これに従わなければならない……法定普通税に関する条例において、地方税法の定める法定普通税についての強行規定の内容を変更することが同法に違

反して許されないことはもとより、法定外普通税に関する条例において、同法の定める法定普通税についての強行規定に反する内容の定めを設けることによって当該規定の内容を実質的に変更することも、これと同様に、同法の規定の趣旨、目的に反し、その効果を阻害する内容のものとして許されない]

「特例企業税を定める本件条例の規定は、地方税法の定める欠損金の繰越控除の適用を一部遮断することをその趣旨、目的とするもので、特例企業税の課税によって各事業年度の所得の金額の計算につき欠損金の繰越控除を実質的に一部排除する効果を生ずる内容のものであり、各事業年度間の所得の金額と欠損金額の平準化を図り法人の税負担をできるだけ均等化して公平な課税を行うという趣旨、目的から欠損金の繰越控除の必要的な適用を定める同法の規定との関係において、その趣旨、目的に反し、その効果を阻害する内容のものであって、法人事業税に関する同法の強行規定と矛盾抵触するものとしてこれに違反し、違法、無効である」

(金築補足) 独自の合理性があれば課税標準が共通でも法定外税が許容されうる。

第4款 住民自治 (95条)

1. 直接民主主義的要素

- ・ 直接請求(地自法 74~74/4:1/50 以上)、住民監査請求(75:1/50 以上)、議会解散請求(76-79:1/3 以上)、解職請求(80-88:1/3 以上)、情報公開制度、住民投票、住民訴訟

2. 「住民」: 広義: 「市町村の区域内に住所を有する者」(地自法 10-1)

⇨狭義の住民: 法律により選挙権を認められた者

3. 住民の権利: 選挙権・被選挙権、地方自治特別法の住民投票(憲 95)

§95 一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない

- ・ 条例による住民投票→直接民主制的要素の補完

* 憲法上の根拠: 議会制は直接民主制の代替物、直接民主制を憲法が排除していないから立法政策、地方自治では直接民主制が地方自治の本旨に内在する、代表民主制・直接民主制のバランス

【大阪地判平 15.10.13】指定管理者制度利用の要件[28100072]

随意契約が高いとして市に代位した損賠請求→一審: 一部棄却・一部却下→控訴(不明)

「法244条の2第3項の趣旨から、同項にいう「公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要がある」場合は、委託する公の施設の性質や委託先の組織、財政基盤等を考慮した上で、普通地方公共団体自ら当該施設を管理するよりも、当該施設の管理を委託することにより、住民が一層向上したサービスを楽しむこととなり、ひいては住民の福祉が更に増進されることとなる場合をいう」が本件ではそれにあたらないとはいえない。

[了]