

外を認めていると解すほかない。

【皇位継承に関する皇室典範の規定】

一 継承原因

天皇の崩御だけが皇位継承の原因とされる(4条)。即位の礼は要件でない。

二 継承資格・順序

「皇統に属する男系の男子」たる「皇族」に限られる(1条, 2条)。皇室典範を改正して女帝を認めることは可能である。

三 皇族

皇族の範囲は、5条・6条によって定められる。皇族は天皇とともに「皇室」を構成する。皇室事項を管理する国家機関としては、皇室典範による皇室会議、皇室経済法による皇室経済会議、宮内庁法による宮内庁などがある。

天皇及び皇族は養子をすることができず(旧司45-4)、皇族の身分は、出生及び婚姻によってのみ取得される。皇族は、一定の法的事由によるほか、その意思に基づいて皇族としての身分を離れることが可能である。

【過去問チェック】

旧憲法時代の皇室典範は、大日本帝国憲法と並ぶ最高法規であり、その形式的効力において優劣はなかったが、現行の皇室典範は、国会の議決によって成立した純然たる法律である。(旧司45-4)

皇室に関する特別の機関として、皇室会議及び皇室経済会議があるが、後者には皇族がはじめて独立の生計を営むことを認定する権限がある。(旧司41-29・旧司45-4)

現行の皇室典範4条は、「天皇が崩じたときは、皇嗣が、直ちに即位する」と定めて、生前讓位を排しているが、これを天皇が一定の年令に達したときは退位すると改めることは憲法に抵触しない。(旧司50-4・旧司4-10)

皇室典範を改正して女帝を認めることは可能である。(旧司40-2・旧司47-1)

第3条〔天皇の国事行為に対する内閣の助言と承認〕

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。

【明治憲法】

天皇は統治権の総攬者であったので、議会の協賛をもって立法権を行い、国務大臣の輔弼によって国務上の行為を行い、天皇の名の下で司法権も行使された(4条, 5条, 55条, 57条)。

【趣旨】

天皇の権能の行使を厳格な規律の下に置くため、天皇のなし得る国事行為を憲法に規定されたものに限定し、内閣の助言と承認に拘束され、責任の所在が内閣にあることを定めた。

【内閣による助言と承認】

一 内閣による助言と承認は、閣議によって決定される。助言と承認は一体の行為であり、1つの国事行為について「助言」と「承認」のため2度の閣議を必要とするものではない。

二 内閣の助言と承認の性質

天皇の行う全ての国事行為に対して、内閣の助言と承認が必要とされる(3条, 7条)。この内閣の助言と承認がいかなる意味を有するかについては天皇の国事行為をいかなる性質のものとして解するかに関連する。

	A 説(宮沢説)	B 説
国事行為の性質	本来的には実質的権能を有するものも含まれる。	本来的に形式的・儀礼的行為である。
助言と承認の意義・効果	本来的には実質的権能を含む天皇の国事行為を、全て内閣の助言と承認にかからしめることにより、天皇の政治的無権能化を実現。	天皇の国事行為は、全て最初から形式的・儀礼的行為であり、それに対する内閣の助言と承認によっても、何ら実質的政治決定となるものではない。
衆議院の解散	7条3号で天皇が行うとされるが、その行為を内閣の助言と承認で骨抜きにする以上実質的な解散権の主体は内閣である。	7条3号は形式的な解散権の宣言以上の意味を持つものではない。よって、7条3号をもって内閣に解散権が存することの根拠条文とすることはできない。
明治憲法下の大臣助言制との関係	本質的に同じ	全く異なる制度
批判	他の国家機関に決定権があるもの(国会による内閣総理大臣の指名6条, 67条)については内閣の助言と承認により天皇の行為が形式化し名目化するとの論理は採り得ない。	もし国事行為が最初から名目的・儀礼的行為にすぎないなら、それを行うにつき内閣の助言と承認を必要とするのは無意味となる。

三 助言と承認が必要な範囲

A説(宮沢説)は、内閣の助言と承認を必要とするのは、天皇のなすべき行動の内容について内閣が決定する余地が少しでもある場合に限る、とする。しかし、それでは国事行為の中に内閣の助言と承認を必要とするものとそうでないものがあることになり、3条の明文に反する。そこで、全ての国事行為に助言と承認が必要とする説もある(有斐閣・憲法【第4版】P.121参照)。

これに対してB説からは、内閣の助言と承認は元々形式的行為として要求されるものであり、当然に全ての国事行為に対して必要とされる。

【過去問チェック】

天皇の国事に関する行為は、常に内閣の助言と承認に拘束される。(旧司49-10)

天皇は、国事行為に関する国家意思の実質的決定権を有さない。(旧司49 - 10)

天皇は、内閣の助言と承認が不当なものであると判断した場合でも、その助言と承認を拒むことは一切認められていない。(新司18 - 公16)

正しい。天皇の国事に関する行為はすべて内閣の意思に従って行われるものであるから、天皇の側からのいかなる発意も異議も認められず、「国政に関する権能を有しない」(憲法4条1項)ことからいっても、内閣の助言に対して拒否することはできない、とされている。従って、本記述は正しい。

#### 【内閣の責任】

内閣は、自己の助言と承認に従ってなされた天皇の国事行為につき、国会に対して連帯責任(政治的責任)を負う。この責任は内閣の自己責任であり、天皇に代わる代位責任ではない。

#### 【過去問チェック】

天皇の国事行為については内閣は、国会に対して責任を負う。(旧司53 - 16)

内閣は、天皇の国事行為すべてについて助言と承認を行うことが憲法上求められ、その結果について自ら政治的責任を負うが、国事行為の他に象徴としての行為として公的行為を認める立場では、公的行為に対する責任については、憲法上の規定はないものの、公的行為について直接又は間接に補佐を行う内閣が負うものと解されることになる。(旧司17 - 10)

#### 第4条〔天皇の権能の限界、天皇の国事行為の委任〕

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。

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。

#### 【明治憲法】

天皇は統治権の総攬者とされ、国政に関する広範な権能を有していた(4条~16条, 55条, 57条)。委任に関する規定はなかった。

#### 【趣旨】

1項は、天皇の地位が、統治権の総攬者(明治憲法)から象徴(日本国憲法)となったことから、明治憲法下の天皇統治体制を解消するため天皇の政治的決定権を否定しつつ、象徴としての天皇にふさわしいと考えられる行為を「国事行為」として天皇の権能とした。

2項は、天皇が国事行為を行えない場合に代行させるため、委任ができることとした。

#### 【(論点)天皇の公的行為】

天皇の行為には(1)国家機関としての地位に基づく国事行為、(2)私人としての地位に基づく私的行為があることについては争いが無い。この他に公的地位に基づく公的行為が認められるか、国会開会式での「おことば」などとの関係で問題となる。

A説 二行為説 国事行為・私的行為のみなし得る。

理 4条1項は国事行為のみを行うと限定していることを重視すべきである。

金をするため組合費を徴収する旨の決議は無効とはならない。(旧司15-11)

請願権について、法人もその享有主体となり得る。(旧司54-46)

法人たる報道機関は、それが民間の新聞社や放送会社であっても、または、日本放送協会(NHK)のような放送法に基づいて設立された特殊法人であっても、報道の自由を享受する。(旧司7-9)

### 3 保障される人権の程度

法人に対して人権が保障されたとしても、保障される人権の程度は自然人の場合とは異なる。

経済的自由権 人権の実質的公平を確保しようとする社会国家の理念から、自然人よりも広範な積極的規制が認められる。

精神的自由権 一般国民の精神的自由を不当に制約する効果を伴う場合(外部者との関係)、及び構成員の精神的自由と矛盾・衝突する場合(内部者との関係)には、自然人と異なる制約に服する。

前記最判平8・3・19及び最大判昭45・6・24参照

## 三 外国人の人権

### 1 (論点)外国人の人権享有主体性

A説 否定説

理 憲法第3章は「国民の権利及び義務」と題している。

B説 肯定説(判例・通説)

理 人権は前国家的なものであるし、前文・98条2項は国際協調主義の建前を採用している。

### 2 (論点)保障される人権の範囲

A説 文言説

「何人も」という文言と「国民」という文言によって区別する。

批 22条2項の国籍離脱の自由が外国人にも保障されることになる。

B説 性質説(判例・通説)

権利の性質が許すかぎり外国人の人権も保障される。

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と解すべきである。政治活動の自由についても、我が国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼすものを除き、その保障が及ぶが、その保障は在留制度の枠内で与えられているにすぎないから、在留期間中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斟酌されないことまでの保障が与えられていると解することはできない。(最大判昭53・10・4、マクリーン事件、百選 2事件)

### (1) (論点)参政権

A説 国政レベルでも、地方自治体レベルでも、憲法上保障されず、また法律で与えることも禁止される。

理 外国人に選挙権を認めることは国民主権原理に反する。

「国民」とは、日本国籍を有する者に限られる。

「国民」(15条1項)と「住民」(93条2項)は全体と部分の関係にあり、「国民」に外国人が含まれない以上、「住民」にも含まれない。

B説 国政レベルでは憲法上保障されず法律で与えることも禁止されるが、地方自治体レベル

では定住外国人については憲法上保障される。

理 国政レベルで外国人に選挙権を与えることは国民主権に反する。

15条1項では「国民」、93条では「住民」と表現を使い分けており、「住民」には定住外国人も含まれる。

定住外国人に選挙権を認めても、地方自治体の行為が法律に基づき法律の枠内で行われる以上(94条)、国民主権原理に反しない。

C説 国政レベルでも地方自治体レベルでも憲法上保障はされないが、地方自治体レベルでは定住外国人に対して法律で与えることは禁止されない(最判平7・2・28, 百選 5事件)

理 「住民」(93条1項)とは、地方公共団体の地域内に住所を有する日本国民を意味する。

地方自治制度の趣旨は、住民の日常生活に密接な関連性を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づき地方公共団体が処理することを保障する点にある。したがって、永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と密接な関係を持つ者に、法律で地方自治体レベルの選挙権を与えることは、憲法上禁止されているものではない。

D説 国政レベルでも、憲法上保障される。

理 国民主権原理とは、一国の政治はそれに関心を持たざるを得ない全ての人の意思に基づいて決定されなければならないという考えに基礎を置くものである。したがって、「国民」にあたるかは国籍ではなく、生活の実態により判断すべきである。生活の実態において日本国民一般と変わらないような在留外国人に対しては参政権が保障される。

定住外国人の地方参政権の有無が争われた、最判平7・2・28(重判平7憲8事件, 百選 5事件)は、国民主権原理における「国民」とは我が国の国籍を有する者を意味する。15条1項の規定は権利の性質上、在留外国人には及ばない。93条2項の「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し、右規定は在留外国人に地方選挙権を保障したものである。とはいえ、法律をもって、定住外国人に地方選挙権を付与することは憲法上禁止されない、とした。

本判決は、定住外国人に対して、地方政治への参加を実現する立法措置を採り得ることを初めて明言した点に意義を有する。

国政選挙に関しては、いまだ外国人に参政権は認められていない。被選挙権につき、最判平10.3.13はこれを否定した。

#### 【過去問チェック】

法人及び外国人にも、日本国憲法第3章の権利・自由が保障されているという見解に立脚しても、国会議員を選挙する権利については法人及び外国人のいずれもその享有主体とはなり得ない。(旧司54 - 46)

外国人には、国政に関する参政権は認められないと考えても、地方公共団体に関する参政権については、これを外国人に与えることも憲法上許される。(旧司11 - 11)

#### (2) 公務就任権

国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること(1条, 15条1項参照)に照ら

ようとする者は所轄税務署長の免許を受けなければならないとするは、幸福追求権を保障する13条に反しない。(旧司2-15)

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ないから、本条に違反しない。(最判平元・12・14, どぶろく裁判, 百選 25事件)

わいせつ表現物の流入, 伝播によって我国の健全な性的風俗が害されることを実効的に阻止するために、その流入を一般的に、いわば水際で阻止することもやむをえないので、単なる所持を目的とするか否かに関わりなく、わいせつ表現物の規制に違反した者に対して一律に刑罰をもって臨んでも、13条, 31条に違反しない。(最判平7・4・13)

信仰上の理由から、輸血を伴う医療行為を拒否すると患者が明確な意思を有しているにもかかわらず、医師が無断で輸血をすることは、患者の人格権を侵害する。(最判平12.2.29, エホバの証人事件, 重判平12P.66~8)

ストーカー規制法は、ストーカー行為等について必要な規制を行うとともに、その相手方に対する援助の措置等を定めることにより、個人の身体, 自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資することを目的としており、この目的は正当であるというべきである。そして、この目的を達成するため、恋愛感情その他好意の感情等を表明するなどの行為のうち、相手方の身体, 住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法により行われる社会的に逸脱したつきまとい等の行為を規制の対象とした上で、中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととしたものであり、しかも、これに違反した者に対する法定刑は、刑法, 軽犯罪法等の関係法令と比較しても特に過酷ではないから、規制の内容は、合理的で相当なものであると認められ、同法2条1項, 2項, 13条1項は、憲法13条, 21条1項に違反しない。(最判平15・12・11, 重判平15憲3事件)

## 【基本的人権の保障の限界】

### 一 公共の福祉

日本国憲法は、基本的人権が「公共の福祉」によって制約されることを予想させる条文を人権規定の総則的部分(12条・13条後段)に置きつつ、他方人権規定の各則的部分では、22条1項・29条2項でのみ「公共の福祉」の語を登場させている。そこで、このような「公共の福祉」条項が、各人権に対してどのような法的意味を持つのか問題となる。

### 二 (論点) 基本的人権と「公共の福祉」との関係

#### A説 一元的外在的制約説

12条・13条の「公共の福祉」は、人権の外にあってそれを制約する一般的な原理である。

12条・13条 裁判規範性あり。22条・29条 特別の意味をもたない。

批 無制限の人権制約の可能性がある点で、明治憲法下での法律の留保を認めるのと等しい。

#### B説 内在・外在二元的制約説

「公共の福祉」による制約が認められる人権は、明文のある経済的自由権(22条・29条)と社会権(25条)に限られる。それ以外の人権は、それぞれの権利の本質に内在する制約に服する。

12条・13条 倫理的・訓示の規定で法的意義なし。22条・29条 裁判規範性あり。

批 13条を倫理規定とすると、新しい人権を基礎付ける包括的人権規定とできなくなる。

自由権と社会権の区別が相対化しつつあるのに、それを画然と分けてその限界を一方は

内在的，一方は外在的と割り切るのは妥当でない。

C 説 一元的内在的制約説 (通説)

公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的の公平の原理である。この意味での公共の福祉は、憲法規定に関わらず全ての人権に論理必然的に内在している。この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠付ける場合には、必要最小限度の規制のみ認め (自由国家的公共の福祉)、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠付ける場合には、必要な限度の規制を認めるもの (社会国家的公共の福祉) として働く。

批 人権の具体的限界の判断基準として、「必要最小限」ないしは「必要な限度」という抽象的な原則しか示されず、人権制約立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか、必ずしも明らかでない。

D 説 性質説 (有力説)

13条の「公共の福祉」に基づく消極的な内在的制約と、22条・29条の「公共の福祉」に基づく積極的な政策的制約とを区別し、さらに13条の「公共の福祉」の適用にあたっては、22条・29条の「公共の福祉」の適用にあたっては、一律に適用することなく、それぞれの人権の性質や規制の目的を考慮する。

【過去問チェック】

一元的外在的制約説に対しては、明治憲法下の法律の留保とかわらないとの批判がある。(旧司3 - 20・旧司5 - 10・旧司6 - 6)

内在・外在二元的制約説は、13条を訓示規定と解する。(旧司5 - 10)

内在・外在二元的制約説に対しては、13条の解釈と結びつくことにより、「プライバシー権」等憲法で個別に保障されている人権以外のいわゆる「新しい人権」を憲法上の人権として基礎付ける根拠を失わせることになるのは妥当でない、との批判がある。(旧司6 - 6)

内在・外在二元的制約説に対しては、権利の性質が「国家からの自由」と「国家による自由」とに分けられるとしても、その差異を理由として一律に制約の限界の程度の差を説明できるかどうかは疑問であるとの批判が妥当する。(旧司3 - 20)

一元的内在的制約説に対しては、人権を制約することの具体的限界の判断基準として、自由権に対しては、「必要最小限度の規制」、社会権に対しては、「必要な限度の規制」という抽象的な原則しか示されず、基準が明確ではない、との批判がなされている。(旧司6 - 6)

三 比較衡量論 (利益衡量論)

比較衡量論とは、人権の制限によって得られる利益と、人権の制限によって失われる利益を比較衡量し、前者が大きい場合には人権の制限を合憲とし、後者が大きい場合には人権の制限を違憲とする判断方法をいう。

従来は、人権制約立法の合憲性を基礎付けるために「公共の福祉」の概念が安易に用いられてきた。しかし、判定基準として余りに抽象的すぎ、不十分といえる。そこで、比較衡量論によって個別の人権ごとに具体的に判定する必要がある。最高裁も昭和40年代から、それまでの抽象的な公共の福祉論から比較衡量論の立場に移っている。(最大判昭41・10・26・全通東京中郵事件・百選 146事件、最大判昭44・4・2・都教組事件・百選 147事件、最大決昭44・11・26・博多駅TVフィルム事件・百選 78事件、最大判昭49・11・6・猿払事件上告審・百選 14事件)

ただ、この比較衡量論は、一般的に比較の準則が明確ではなく、特に国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法の分野においては、概して国家権力の利益が優先する可能性が強いという問題点があると指摘されている。