

憲法概観 note

小嶋和司・大石眞
noted by Kazuma MATUSDA

2016年8月3日

第5章 国民の権利および義務

I 総説

個人権保障の思想

国民の基本的権利を保障する個人権の規定(権利宣言)は、18世紀末のアメリカ諸邦及びフランスの憲法から存在し、それらは立憲主義に基づく最初の憲法典で、その保障について各国憲法の考え方に二種類ある：

- ・自然権思想に立つもの

個人には、国家から与えられたのではない、人として生得する権利があり、憲法典での個人権の保障は、そのような自然的権利である「人権」の確認であるとする。

- ・憲法典が創設的に個人の権利を保障したもの

自然的権利の確認という考え方を排した考え方で、ここでの個人権は「人権」ではない為、「フランス人の権利」や「臣民権利」と表現される。

日本国憲法は前者の自然権の考え方に立って、自らの保障する権利を「基本的人権」と呼ぶ(11条・97条)が、この考え方が現実の憲法典による権利保障の効果にもたらすところは大きくなく、次のようなものがあるに過ぎない：

- ① 自由は国家に於いてのみ確実な保障を持ち得る。自然権思想に由来する自由は、政治的権威に対する外在的制約としての自由である「国家からの自由」(freedom from the state)という考え方で、「国家における自由」の観念である全体主義体制のような自由の観念が成立する可能性は乏しくなる。
- ② 憲法典は、「人権」とそうでない「権利」とを区別して規定することができ、日本国憲法での例は
「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」(11条)
「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って、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」(12条)

上の両条における「基本的人権」と「この憲法が保障する自由及び権利」は、個人権の観念に於ける自然権的発想を重視すれば、自然権の意味での「人権」は国家によってのみ創設することのできる種類の権利を含むことができないため、同じ内容を持つものではあり得ない。

個人権のカタログと歴史

憲法により保障される個人権は、国家に対する国民の色々な地位・能力を包括的に「権利」と述べることがあるが、それは次の三種に分けることができる：

(a) 国の統治に服する関係に於ける権利

国の不作為を求めるもの…自由権

国の作為を求めるもの…国務請求権

(b) 国の統治に参加する関係における権利…参政権

これらの三権は、国家に対する国民の要望の結晶であり、時代と国によって必ずしも同じでないが、立憲主義諸国の憲法典は、次のような歴史的傾向を認めることができる：

第一期 19世紀中頃までの個人権規定の生育期。

宗教的自由・出版の自由と、特に人身の自由について詳しい規定。

国民を支配していた身分特権の廃止と法の適用における不差別とを平等保障の主内容とし、公職就任の平等を謳った議会制定法への信頼。

後期に自由権のカタログの増加。

第二期 1850年プロセイン憲法に至って自由権のカタログの増加が飽和状態に達し、これを踏襲して第一次世界大戦へ。

権利カタログの安定期。

明治憲法も権利カタログを示していたが、営業の自由を保障する規定を欠く。

国家の主たる任務は国民の自由の確保にあり、国家は社会への干渉をしないことが望ましいとする「自由国家」思想が個人権の考え方を支配し、法の適用の平等と各種自由権の保障が中心で、国務請求権としては、個人の権利を確保するための裁判を受ける権利(裁判請求権)の保障に留まる。

後期に参政権の範囲の拡大。

第三期 「社会国家」思想・「福祉国家」思想の成立。

「自由国家」思想に対し、経済生活に於ける二つの面からの修正を要求。即ち、単なる自由放任主義は、財産や経済力による人の支配をもたらすため、国家による経済生活への積極的関与や利害調整が望ましい。また、自己責任の原則を根拠とする自由主義哲学に対し、老齢・幼年・病気等の事情による自活能力の無い者の存在が自覚され、これらの生活の確保に国家の積極的施策が期待された。

1919年ドイツ憲法(ワイマール憲法)。「人間らしい生活」の保障を謳い、「所有権は義務をとともなう」ことを定めた。

財産権などの経済的自由に立法による制約の可能性が広く認められ、経済的弱者のための特別の自由権として勤労者の団体行動権や、新しいタイプの国務請求権として社会国家的請求権の追加。

平等保障について、男女平等や普通選挙制の導入。

現在の各国憲法には、「自由国家」「社会国家」の二つの思想の共存が見られ、普通、自由主義国とは両者の共存を理想とする国家体制のことである。

II 権利保障の法的効果

憲法による権利の保障について、(1) 権利の担い手 (主権)、(2) 保障の対象領域、(3) 保障の限界という三点が、その法的効果としてポイントになる。

権利の主体

権利保障の効果として、どのような主体がその対象となり得るかという典が問題になり、国民・外国人・法人について見ていく。

(1) 国民

日本国の国家構成員である国民は、当然、憲法上の個人権の主体とされるが、国民の範囲について、憲法は：

「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」(10条)

「日本国民たる要件」を定める法律として、国籍法があり、国籍の取得・喪失について詳しく規定し、国籍取得には出生・認知による取得及び帰化があり、再取得の道も開かれている。

① 出生による取得

各国の立法に血統主義と生地主義があり、わが国法は血統主義を採用し、父または母が日本国民たる子、出生前に死亡した父が死亡時に日本国民であった場合の子を日本国民とし、例外的に、両親不明か両親無国籍で日本で生まれた子を日本国民とする。

② 認知による取得

父または母が認知した 20 歳未満の子について国籍を認めるもので、国籍法は、認知をした父または母が出生時に日本国民であった場合に、その父または母が現に日本国民であるか死亡時に日本国民であったこと及び法務大臣への届出を条件とする。

③ 帰化

本人の意思に基づき、法務大臣の許可により国籍を取得することで、国籍法は、引き続き 5 年以上わが国に住所を有することなど一定条件の充足を要求する。

国籍の喪失について、国籍法には重要な法定義務違反による国籍剥奪の制度はなく、二重国籍の整理のための喪失に限られ、国籍喪失者には、届出による「再取得」の途が開かれている。

天皇が憲法上の個人権の主体とされるかについて、明治憲法は「臣民」の権利を保障したものであったが、天皇は権利の主体ではあり得なかったが、現行憲法下に於いては、天皇も上記の意味に於ける「国民」であるが、憲法自身が定めるその特別の地位と両立する範囲に於いて、個人権の主体となることができる。

未成年者も当然個人権の主体であるが、未成年者を保護するために、市民生活に於ける自己決定能力を成年者と異なるとすることがあり、日本国憲法は、この私法上の成年制度の存立理由を否認するものではない。

(2) 外国人

外国人、即ち日本国籍を有しない者は、わが国に入国し居住する権利は無く、わが国に入国するには国の許可を要する。

わが国への在留が認められた外国人について、日本国も批准した国際人権規約が適用あるとされるが、憲法論としては、憲法第3章で外国人の権利保障が論ぜられ、学説は次のように分かれる：

(a) 国家所有属性に基づく権利(参政権等)以外は、外国人にもその保障がある

第3章各条には、「国民」に保障すると述べるもののほか、「何人」にも保障するという記述と、この憲法が自然権思想を採ることを主要な根拠とする。

(b) 第三者は、日本「国民の権利及び義務」の規定に留まるとする

憲法前文が述べるような国際社会に於ける「政治道徳」の尊重から、その保障が要求されると説くもので、外国人の権利・自由を否認する趣旨ではない。

前説によれば、第3章所定の条項違反を理由とする違憲論が成立するが、後説ではそれは成立しない。尤も、この保障は、外国人在留制度の枠内で与えられるものに過ぎず、在留中の外国人の行動が合法であっても、日本国にとって好ましくないという判断から法務大臣が在留期間延長を許可しないことができる。外国人については選挙権・被選挙権などの参政権は否認されるが、参政権を日本国民のみに認める公職選挙法など国籍条項は合憲であり、また、地方公務員のうち、公権力の行使や重要な施策決定を行う者の就任資格を日本国籍を有するものに限ることも、合理的な理由の制限として合憲とされる。このほか、国際慣行に従って、相手国が日本国民に同じ権利を保障する場合にのみ日本もその国民にこれを保障する相互保証主義を採るものがある。

(3) 法人

憲法による権利保障は、本来、自然人を対象としたものであり、法律上の権利・義務の主体とされた社団や財団について、これら法人の権利保障は日本国憲法には明文が無い。しかし、権利保障規定が性質上可能な限り、即ち人格そのものに着目した権利を除外する限りでは、内国の法人にも権利保障が適用されることが今日の確立した法理となっており、性質上可能な限りでない例としては、男女同権・良心の自由・婚姻に関する保障などで、これらは法人には及ばない。

権利保障の及ぶ領域

権利保障の効果として、どのような法律関係にそれが及ぶかが問題とされ、以下の諸点に注意が必要である。

(1) 基本原則

憲法典の規制対象は公権力であり、憲法が「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利について……立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」(13 上後段) ことを定め、最高裁判所に「一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」を与えていること(81 条)が、国又は地方公共団体のような公権力の行為が規制対象であることを示す。従って、個人権の保障も、特段の定めが無い限り、公権力が個人権を侵してはならないことの保障を意味し、私人相互の関係は、私的自治の原理により形作られることが憲法上予定されており、私人による侵害を違憲にするといった効果は持たない。

(2) 私人による権利侵害

私人による権利侵害は、事実上の支配関係が生じやすい団体と個人の間で問題となることが多いが、このような私人による「人権」侵害の排除は、市民法秩序の維持者としての国家により、立法を通して行われるべきで、その歳、立法のあり方には二種類がある：

- ・ 刑罰を以てその侵害を禁止する
- ・ 当該侵害行為の民事法上の効力を問題とする

尤も、私人相互の関係については私的自治を認めるというのが、憲法の基本的立場である。

また、各人の基本権法益を、国家の基本権保護義務から、第三者の私人による侵害から保護すべき憲法上の作為義務を導出して基本権規定の間接的な私人間効力を認めようとする議論(所謂基本権保護義務論)もあるが、これは、私人による権利侵害を市民秩序維持者としての国家に対する立法義務違反として問うものであるが、立法に関する作為義務も私的自治・個人責任等他の諸原理との調整の上でのみ成立することに注意を要する。

(3) 所謂特別権力関係

国民は、一般的に国や地方公共団体の権力に服するほか、法律上の特別の原因に基づいて、国・地方公共団体との間で特別な支配関係：

- (a) 公務員または国公立学校の学生・生徒となる
- (b) 刑事収容施設の非勾留者・受刑者となる

となった為に、一般国民の服さない規則に服する場合に、憲法による権利保障の効果が特別な支配に及ぶかどうか問題となる。

(a) について、民間会社に勤務する関係や、私立学校に入学する関係と同視すべきであるとすれば、そこに憲法による権利の保障は及ばないが、判例はここにも保障が及ぶ前提とし、当該身分関係が持つ社会的意味から合理的制裁を認める立場を採り、例として、公務員に対する政治行為の制限や争議行為の禁止がある。

(b) についても、判例は原則一般市民としての自由が保証されるとしつつ、当該関係に伴う合理的制約を認める、即ち、当該拘禁目的の為に必要かつ合理的な範囲での身体的自由等に対する制限を受け、監獄内の規律及び秩序の維持のために必要な限度で合理的な制限を受けるとしている。

権利保障の態様と限界

憲法典による権利保障の態様には二種類がある：

- ・「法律の留保」。議会制定法によらなければ、憲法所定の権利の制限は成し得ない
- ・立法部といえども侵害し得ない部分を含む保障

前者は 19 世紀西欧諸国の憲法典や明治憲法で一般的に採用され、議会制定法への信頼を前提としており、後者は米合衆国憲法や、第二次大戦後の現行憲法や独連邦基本法などで採用されている。後者の権利保障にあっても、私的活動が絶対的・無制限な保障を受けるわけではなく、立法による制約を受け、この制約が一定の限度を超えると違憲とされる点が前者の保障と決定的に異なる。これを表現の自由を例にすれば、表現活動は次の三つの領域：

(a) 市民社会の基本秩序に違反し、常識的に法律保護の対象となり得ないことが明らかなもの

例：犯罪の^{きょうさ}教唆、偽証、文書偽造、紙幣印刷

(b) それを制約するかどうか立法政策に委ねられるもの

例：誇大広告の制限、美観のための表現の制限、意匠権、著作権保護のための制約

(c) それを否認することが、自由国家の本質を否定すると考えられるもの

例：新聞発行の政府独占、著作の許可制、政治批判の禁止

を考えることができる。「法律の留保」型の保障では、(a)(b)(c)の領域は等しく立法による制約の対象となるが、米合衆国型の保障では、(c)の領域は制約の対象とはなり得ず、それへの制約立法は違憲とされ、(b)と(c)の領域の境界の画定が重要な課題とされるが、その境界は、それぞれの権利ごとに異なり、画一的に判断できない。

憲法第 12 条・13 条に云う「公共の福祉」が、権利・自由の保障に対する制限原理となり得るかどうか論ぜられることがあり、この問題の関係では、(c)は立法による制約に馴染まないの、「公共の福祉」の制限原理とはなり得ないのに対し、(a)、(b)は当然に制限原理となり得る。この場合に、「公共の福祉」が具体的に何を意味するかが問題とされ、一般に、他人の権利・名誉の尊重、国の安定、公の秩序、公衆の健康・道徳の保護などの要請を含むと考えられる*1。

III 包括的人権

個人としての尊重

「すべて国民は、個人として尊重される。」(13 条前段)

「個人として」尊重されるのは、個人そのものに尊重されるべき価値の存在を認めることを前提とし、「国民」としての尊重でないところに意義があり、このことから、個人に公的生活のほか保護すべき私生活の存在を認め、私生活の自由とプライバシーが尊重すべきものとなる。判例は、肖像権、即ち、みだりにその容貌・姿態などを撮影されない自由や、個人情報¹を第三者に開示・公表されない自由、外国人登録法の定める、みだりに指紋の押捺も強制されない自由があると判示している。

個人及び私生活の尊重は、個人的な事柄は自らが決定することを社会生活上の公準とし、その意味に於ける自己決定権(人格的自律権)を内包するとされ、ここから、自己の私的事柄に関する情報の取扱いにつ

*1 国際人権規約はこれを明示している。

いて自ら決定する権利(自己情報コントロール権)も主張される。

憲法は、個人の私生活の尊重のため、住居等の不可侵を述べ、通信の秘密を保障しているが、「個人の尊重」規定の意味は、それに尽きず、本条後段の規定と相まって、より包括的な権利の根拠となり得る。

個人の尊重に関連して、憲法には次の規定がある：

「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰を除いては、その意に反する苦役に服させられない。」(18条)

ここに「奴隷的拘束」とは「自由な人格者であることと両立しない程度に身体が拘束されている状態」とされるが、「意に反する苦役」は単なる強制労働のことではなく、労役は義務付けることもでき、その趣旨は、「苦役」の強制を禁止することである。

幸福追求権

憲法が国民に保障しようとする権利・自由は、第14条以下の平等原則及び列挙された諸種の個人権に限られず、次の規定がある：

「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。」(13条後段)

「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」である幸福追求権は、単に第15条以下に規定される諸権利の総和に留まらず、それ以外のものを包含する包括的権利であり、この包括的権利は、憲法上の権利として立法によっても制約できないものを含むため、従って、第15条以下の諸規定の解明に個々の権利の外延を厳格に画定することは、あまり重要な意味を持たない。幸福追求権について、憲法は、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定め、ここから

- ① 実体的な権利保障効果として、公権力の行使について、自由権については必要最小限度の制約という原則、国務請求権・参政権については最大限充実の原則が帰結される。
- ② 手続的効果として、公権力を行使する場合に、「個人の尊重」に相応しい手順を踏むことを要求する。ものと解され、従って、それは一般的な適正手続の要請についての原理的な根拠となる。

この適正手続の内容は、憲法上の諸権利を最大限尊重する要件の下に、原則的には立法者によって具体化されるべきものであるが、国家の刑罰権に関わる刑事手続については、その定型性に着目して、憲法典自ら適正手続の具体的内容を指示する形をとっている。

行政手続について不利益処分を行う場合の事前手続きは、行政手続は多種多様であり、本条は、行政処分の相手方に、常に事前の告知・弁解・防禦の機会を与えることまでは要求しない。

IV 法の下での平等

一般的平等則

「すべて国民は、法の下に平等にあつて、人種、信条、性別、社会的身分または門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」(14条1項)

(1) 法内容の平等と差別思想の形式の例示

ここに述べられる「法の下での平等」について、判例は、法の適用の平等のみならず、法の内容もまた平等であることを保障する見解を採っている。又、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別の禁止は、「法の下での平等」の保障の効果の具体化した再言ではなく、差別思想の形式の代表的な例示に過ぎず、従って、これら五つのモメント以外の平等則違反とされる差別はあり得る。

尤も、憲法は「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」(10条)とし、国籍による法的取扱いの違いはあり得る前提であり、権利保障に国籍要件を課しても平等原則違反にはならない。

(2) 平等取扱いの意味

そもそも「平等」原則とは、個人について如何なる取扱いを要求する趣旨かについて、人には、能力・特性・年齢・健康・財産その他色々な面に於いて相違があり、国政のあり方としては、これを前提とし、それぞれに応ずる適当な施策をすべきである。平等の保障は、このような相違を無視した常に画一的・均一的な取扱いの要求ではなく、ある場合にはこれら相違に着目した区別も容認され、従って、この原則の適用には、画一的に取り扱われる場合と、そうでない場合との区別が必要となる。その境界の発見は容易ではなく、初期の判例は

(a) 平等の保障は、現実的相違から本質的価値の相違を読み取り、その価値観に基づく別異の取扱いを禁ずる趣旨

と解したが、やがて判例は、

(b) その保障は「差別すべき合理的理由なく差別することを禁止」する趣旨

のものとした上で、この合理性は立法等の目的のみならず、その実現手段についても要求されるとの判断を示し、その手段が目的達成のため著しく均衡を欠く場合に、当該立法は違憲とする考え方を明らかにした。この立場から、判例は、刑法の尊属殺重罰規定について、重罰する目的は違憲でないが、刑の執行猶予の可能性を認めないのは、目的達成の手段としては著しく均衡を欠くとし、この点で同条を違憲とした。

(3) 国民生活の局面との関係

憲法第14条1項は、「政治的、経済的又は社会的関係」に於ける差別を禁止しているが、「政治的」平等は、国民の参政権の普通選挙・平等選挙の原理及び公職就任の平等という形で具体化されており、「経済的」平等に基づく憲法原理としては、租税平等主義があり、立法府はこれに拘束されるが、租税法における所得の性質の違い等による取扱いの区別は、立法府の制作的・技術的判断に委ねられる。

その他の平等保障

①

「華族その他の貴族の制度はこれを認めない。

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、その効果を有する。」(14条2項・3項)

「栄典」は、その授与が不合理な差別の契機となるべきでないこと、及び、その授与が門地に対してではなく、個人に対してのみなされることを指示し、栄典の授与に伴う年金等の経済的給付は、禁止されるべき「特権」に当たらない。

②

「婚姻は、両性の合意のみに基づいて成立し、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。

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。」(24条)

1898年(明31)に制定された民法親族編の内容についての歴史を受けて出現したのが上記第1項であり、第2項は、「婚姻及び家族」に関する事項の立法指針を示すもので、この要請を受けて、1947年(昭22)、民法第4編・5編が全面改正され、現行法となった。

V 自由権

総説

自由とは、自己のあり方を、自己の責任によって決し得ることを言い、この場合、自己決定には、何を為すかのみでなく、ある行為を為すか否かの決定も含む。信教を例にすれば、そもそも宗教を信じるか否かの決定まで保障するのが自由保障の効果であり、如何なる宗教を信じるかの決定(積極的效果)のみならず、無宗教でいること(消極的效果)も、その自由の享受態様とされる。

自由権の積極的效果について、社会規範としての法が保障する自由は無制約な決定の可能性ではあり得ず、初期仏憲法は、「自由」について次の定義とその限界を示した：

「自由とは、他を害しない一切のことをなしうる能力をいう。各人の自然権の行使は、社会の他の成員のおなじ権利の享有を確保すること以外に限界をもたない。この限界は法律によってのみ定められる。」(1791年憲法冒頭の1789年人権宣言)

後の各国憲法典には限界を指示する条項は無いが、それは当然の内在的制約と考えられており、また、憲法による自由の保障は、何の自由かによって効果が異なり、許容される制約や範囲も一様でないが、自由主義国に於ける概括的傾向として、その「本質内容」について、精神的自由については幅が広く、経済的自由については狭いと言え、そのため、それらを制約する立法の合憲性の判断の際に「二重の基準」が存するとされる。

精神的活動の自由

精神的活動の自由とは、各人の精神生活、及びこれから直接流出する活動の自由を一般に指すものであるが、何の自由かによって、その保障の効果は分かれる。

(1) 思想・良心の自由

「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」(19 条)

これらの自由は、精神的活動の自由一般の、論理的出発点たる地位を占めるが、「思想」「良心」とも内心の問題であり、両者の区別は難しい。キリスト教国では「良心」と言う場合、何より宗教的良心・内心の信仰が理解されるが、日本では初めから宗教的なものに限定されていない。

この保障の効果如何について、思想及び良心が純然たるものに留まる限り、内心の問題となり、権力による干渉の不可能な領域に属するという問題があり、この保障効果について学説として次のようなものがある：

- (a) 思想・良心の表現を保証するとなす説
- (b) 思想によって差別されないことを保障するとなす説
- (c) 思想・良心に反する行為を強制されないことを保障するとなす説

(a) は表現の自由の保障(21 条)と競合し、(b) は「信条」による不差別(14 条 1 項)と競合するため、本条の独自の意味・実益は(c)によることとなる。しかし、もし思想・良心に反する行為の強制の禁止を一般的に承認すれば、一切の法的強制は、強制を受ける者の思想・良心に反することを理由に拒否し得ることとなり、社会生活そのものが不可能となり、よって(c)の説を一般的に承認することはできない。そこで、思想・良心を理由として強制を拒否することを容認するためには、厳格な条件を付さなければならないが、その条件の発見は難しい。

なお、合憲の判例^{*2}のある、法人にも良心の自由が保障されるとする前提に対しては、その自由が未来自然人を主体とするとの立場からの疑問があり得る。

(2) 宗教的自由

信仰の自由は、西洋の近代史に大きな役割を果たしたもので、これにより新国家形成に至った例もあり、また、国家の支配に限界を設定するという思想も、最初、この宗教的自由を確保することを目的として成立した。

(一) 信教の自由

「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」(20 条 1 項後段)

「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。」(同条 2 項)

この自由は、宗教に関する一定の観念を前提としているため、まず宗教とは何かが問題となるが、憲法論としては、神と人との関係を示すとする伝統的な考えのほか、超越的な絶対者の存在を確信し、これとの関係で人の生を意味付けようとする心意と解する考え方もあり得る。

信教の自由は、信仰の自由・進行活動の自由及び宗教団体を結成する自由を含み、宗教団体結成の自由は、団体内部の組織・運営に関する一定の自主決定権(所謂協会自律権)を含むと解されるが、他方、^{せいひつ}静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき法的利益である所謂宗教的人格権まで保障するわけではないとするのが判例の立場である。

^{*2} 労働委員会によるポスト・ノーティス命令

(二) 「政教分離」の原則

信教の自由は、各国で歴史的に国教制度、即ち、信教の自由への制約は、国家が公認する単一の宗教を設定して、それ以外の信仰を禁ずる形で行われた為、その自由の保障は国教問題の処理を要求するという重要な問題を提起した。現在、国家と宗教との関係に関しては、次の二つの類型がある：

- (a) 国教の存在を認めるが、それを理由として他の信仰を禁ずることはしないもの (英, 伊)
- (b) 国教の存在を認めないもの

(b) には二つの型：

- ① 国があらゆる宗教・宗派に対して中立であることを要求するもの (米, 仏)
- ② 国が複数の特定宗教を公認し、それらの団体に特別の地位を与えるもの (独)

があり、前者は政教分離制、後者は公認宗教制と呼ばれる。明治憲法の下に於いては、神社神道は宗教ではないとされた為、形式上国教制度は存在しなかったが、事実としては国境的待遇を受ける国家神道が存在し、信教の自由の保障は (a) のものであったが、現行憲法は (b) ①の政教分離制を採用し、曰く

「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」(20 上 1 項後段)

「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。」(同条 3 項)

「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……これを支出し、又はその利用に供してはならない。」(89 条前段)

第 20 条 1 項に云う「宗教団体」とは、特定の宗教の信仰、礼拝または普及等の宗教的活動を行うことを目的とする団体を指し、また「特権」とは、一般の宗教・宗派には認められない優遇された地位・利益を指す。この「特権」授与の禁止により、国家の宗教的中立性が要請され、そこには宗派平等の原則も含まれる。また、「政治上の権力」とは、国その他の公権力に認められる支配権力のことであり、江戸時代の幕府の宗教政策の実施^{*3}のような宗教団体の権力は否認される。

第 20 条 3 項に云う「宗教教育」とは、特定宗教のために行う組織的な教育を指し、それは宗教に関する教育のことではなく、宗教的知識の教育や宗教的な情報操作教育まで違憲とする趣旨ではない。では、禁止されるべき「宗教的活動」が何を意味するのかについて、それは、宗教と関わる国の活動の全てのことではなく、その目的が宗教的意義を持ち、その効果が特定宗教に対する援助、助長、促進または圧迫、干渉等になるような行為とされる。しかし、政教分離原則は、絶対的なものと考えべきではなく、現行憲法は、宗教を尊重する立場を採っており、通常の世界を送り得ない閉鎖的な公的施設に常住する者の信教の自由を確保するための原則の緩和は求められる。第 89 条の規定は、政教分離原則を財政運営についての制約として具体化したもので、そこに云う「宗教上の組織若しくは団体」は第 20 条 1 項の「宗教団体」と同義に解される。

(3) 学問の自由

「学問の自由は、これを保障する。」(22 条)

^{*3} 寺院が宗門帳を作成。他に 19 世紀前半までの独で特定宗派のキリスト教会が徴税事務を行った。

(一) 保障の趣旨と範囲

学問の自由とは、真理を探求し、探求されたところを発表する自由である。これは、真理がそれ自身内在的論理と価値を持って存在し、政治その他の権威によって決せられず、他の権威による干渉が人類の真の進歩を妨げるとの認識に基づいた保障であり、全体主義国のように国家が学問を「政治の侍女」とすることは許されず、明治憲法下の天皇機関説事件(昭10)のように政府が特定の学説を除去することも、本条に反する。しかし分野によっては例外的に制約が設けられることもあり、所謂クローン技術規制法がその代表例である。

学内の自由を最初に取り上げたのはドイツで、ここでは「大学の自由」が大きな役割を持ち、その為、その自由の保障は広く国民に対して自由を保障するとともに、大学の本質に鑑みて、特に大学に於ける学問の自由をも保障したものと考えられる。大学の本質は研究と教授とにある為、「大学の自由」は研究の自由と教授の自由とを含まなければならず、教育基本法も、特に大学については「自主性、自律性その他の大学における教育及び研究の特性」の尊重を明記しているが、憲法は学問の自由のみを規定し、教授の自由まで言及していない為、大学に於ける教授の自由は学校教育法が定める「学術の中心として、広く知識、道徳的及び応用的能力を展開させる」という大学の目的に由来する地位を持つに留まる。

(二) 大学の自治

大学の自治は、研究と教授の二つの自由を確保するため、教員・学長の人事、施設及び学生の管理について、大学にある程度の自治権を認め、従って教授会・学長の同意無しに国が教員の身体を決定する*4といったことは「大学の自治」の精神に反する。他方、大学の自治は、大学に於ける研究の自由と教授の自由の確保の為のもので、大学の施設内であっても、政治的・社会的活動の自由のようなものまでは含まれず、そうした意味を持つ公開の集会などは保障の範囲外となる。しかし、警察機関が学内で恒常的・継続的に情報収集活動を行うようなことは、大学の自由・自治を脅かし、学内の自由を保障した憲法第23条に反する。

(4) 表現の自由

「言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」(21条1項)

(一) 保障の趣旨と範囲

表現とは、内心の決定を何らかの外形的手段を借りて表に現すことである。19世紀の諸憲法は「言論、出版の自由」という定式でこの事由を保障するのが常であったが、上の規定は、その保障が他の方法(映画・写真・演劇等)による表現の自湯を含むことも指示する。

表現は人間の自然の欲求であり、この自由が保障されるのは、種々の意見を開示する機会を保障し、理性的選択の可能性を一般人に与えることが社会の進歩をもたらすとの確信に基づき、このような意見表明の自由とともに、憲法は所謂情報の自由*5を認めると解され、そこから派生原理として、新聞紙等の閲読の自由により広く情報等に接し摂取する自由も導かれ、更に、この自由に含まれる

*4 明治憲法下の「京大事件」(「滝川事件」, 昭8)

*5 国際人権規約に云う「情報及び考えを求め、受け及び伝える自由」(自由権規約19条2項)

政治的表現(所謂政治活動)の自由は、選挙を選挙民による実質的な選択とするために必要で、民主主義にとって不可欠の基礎とされる。

また、報道機関による表現活動に対する報道の自由も当然に本条の保証の下にあり、そうした報道のための取材の自由も、憲法第21条の精神に照らし、十分尊重に値するものであるが、公正な裁判といった憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受ける。この取材の自由は、

- ① 取材活動が公権力によって不当に妨げられない
- ② 取材資料の提出や取材源の開示を不当に強制されない

ことの保障を含み、前者は法秩序全体の精神から社会観念上是認し得ないような取材の手段・方法まで認める趣旨ではないが、後者は取材源の秘匿を取材の事由を確保するために必要なものと位置付け、民事裁判に於ける報道関係者の証言拒絶を認める。ただし、表現の自由の保障も絶対的なものではなく、他人の名誉・プライバシーなどの関係から制約されることがある。

上記のような保障の趣旨から

- (1) 表現行為に対する事前の制約(事前抑制)
- (2) 表現の内容に対する制約(内容規制)

はともに原則的に禁止されなくてはならず、この点を次に詳説する。

(二) 内容規制と態様規制

まず、(2)内容規制について、表現の自由は、表現される内容(内心の決定)と、それを表示する際の態様(時・所・方法)の両者について保障されるが、この自由の保障の趣旨から、両者に於ける保障の効果は必ずしも同じでなく、表現の内容を理由とする制約は厳格に制限されたものでなくてはならないのが、表現の態様に関しては、立法府は何らかの合法的政策目的のため、必要かつ合理的な範囲で制約を設けることが許される(行動に於ける街頭演説・ビラ配布の許可制、デモ行進に対する集会一般について認められる制約)。

政治的表現のあり方として、選挙運動の自由も当然に保障される。選挙運動とは、特定の選挙について特定の候補者の得票のため有利な周旋・勧誘しゅうせんなどの行為で、選挙時に於ける政治活動は、通常時に於ける政治活動と異なり、立件民主制に於ける公職選挙の持つ意味の重大性から、活動過程の公正さが強く求められ、これが「選挙の公正」という原理であり、選挙運動の自由はそれによる制約を受ける。「選挙の公正」原理の立場から、公職選挙法の定める以下の制限は全て合憲である：

- ① 事前運動、即ち決定の選挙機関より前の選挙運動の禁止
- ② 戸別訪問、即ち得票の目的で連続して二戸以上を訪ね、面会を求める行為の禁止
- ③ 選挙運動について、金力の支配を遮断して選挙民による自由で公正な選挙を確保するため、文書・図画の配布を制限

(三) 事前抑制と検閲の禁止

次に、表現行為に対する事前の制約について、憲法は、特に歴史的に意味を持った出版許可制などの事前抑制の禁止のため、次の規定を設けている：

「検閲は、これをしてはならない。」(21条2項前段)

ここに「検閲」とは、行政権が主体となり、思想内容の表現物を対象として、その全部又は一部の

発表の禁止を目的として、網羅的・一般的に発表前にその内容を審査することを言う。この点に関し、以下のものはいずれも特殊な形態での表現活動の制限に留まるもので、本条に云う「検閲」には当たらないと解される。

- ・ 関税法に基づく税関における輸入物の検査
- ・ 学校教育法及び教科書用図書検定規則に基づく許可書用図書の検定
- ・ 地方公共団体が制定する青少年保護育成条例に基づく有害図書の販売規制

裁判所による出版の事前差止めは、「検閲」には該当しないが、事前抑制の一形態であり、それが表現内容が真実でないか、専ら公益を図る目的でないものでないことが明白であり、かつ被害者が重大で著しく回復困難な損害を被る恐れがあるとの厳格かつ明確な要件の下にのみ、例外的に許される。

(四) 事後抑制の問題

犯罪を構成するような表現活動に対して、公権力は、当然に事後的に刑事責任を追及することができる。しかし、事後的な責任追及も無制限に行われると、表現の自由が事実上失われるため、特に表現内容を理由とする責任追及は、問責事由を健全な市民社会秩序に違反する場合に限ることが必要であり、米国では「明白かつ現在の危険」*⁶(clear and present danger, clear and important danger) の原則の判例法があった。そもそも法の定めは一般的であり、従って、それが抽象的妥当性を有しさえすれば合憲とされるが、「明白かつ現在の危険」の原則は、特に表現行為への問責に、法規定への抽象的適合性に留まらず、具体的行為が具体的自体に於いて特定の態様の「危険」を持つことまで要求している。

(5) 放送の自由

(一) 意義と内容

放送とは「公衆によって直接受信されることを目的とする無線通信の送信」を言い、放送の自由とは、電波メディアによる情報提供の事由を言う。放送の自由について、日本国憲法は名分を設けていないが、一般に表現の自由に含まれると解され、現行法も「放送による表現の自由」と位置付けている*⁷。この観点から、放送番組編集の自由が認められ、訂正放送の義務付け制度は、放送事業者が自律的に行うべき公法上の義務とされ、被害者に訂正放送請求権を認める趣旨ではないとされる。

(二) 放送法の特殊性

放送の自由は、印刷メディアによる表現の自由と異なり、種々の規制が行われているという放送法制の特殊性があり、それは自由主義的民主制諸国でも、放送法制は公共放送独占型、商業放送中心型、公共放送・商業放送併存型に大別され、つまり、放送の自由については、公権力の介入を原理的に認めないことが必ずしも自由主義原理の帰結とされない特色を持つ点で他の表現の自由と大きく異なっている。この意味に於ける放送法制の特殊性として、

*⁶ 市民社会秩序に対する違反の中でも、特に公的秩序への違反を理由として刑事責任を問うことは、当該の具体的表現行為が公共の秩序に対する特別の「危険」を明白に許されるという原則。

*⁷ 放送法 1 条 2 号・2 条の 2 第 2 項 1 号

- ① 無線局開設免許制の結果として放送事業者免許制を採用し、「放送局に係る表現の自由享有基準」により報道機関の集中排除原理を採る
- ② 放送番組編集準則・番組調和基準則が法定され、放送内容に対する公的規制が設けられている点が挙げられ、このうち最も争われるのは②である。

(6) 集会・結社の自由

「集会、結社……の自由は、これを保障する。」(21条1項)

類似の傾向を持つ者が集まるのは人情の自然であり、また、共通目的を達成するために多数人が合同して活動することが有効または必要であることが多いことが、集会・結社の自由の保障の本来の趣旨である。

(一) 集会の自由

19世紀西欧諸国の憲法典の集会の自由の保障には、「武器をもたないで」という限定が付された例が多く、日本国憲法にそのような明文の限定は無いが、この自由の合法的目的のための保障の観点から、当然内在的制約と考えられる。

集会活動は、表現の場合と違い、公権力による事前抑制が認められ、その抑制態様については、公安条例、即ち屋外集会、デモ行進などを行う場合に事前に公安委員会への文書(申請書)提出を義務付け、公安委員会がこれらの活動に一定の制約を加えることを認めることが重要な問題を提起した。その合憲性に関する判断基準の判例は次の三点である：

- ① 集会や行進が、公共の福祉に反するような不当な目的・方法のものでない限り、単なる事前届出制ならともかく、当該行為を公安委員会の許可に関わらしめるような一般的許可制をとることは許されない。
- ② しかし、公共の秩序を保持し、あるいは公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、これらの行動の場所や方法を、合理的かつ明確な基準の下に制限することは許される。
- ③ また、これらの行動が、公共の安全に対する明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予測されるときは、それを禁止することもできる。

公安条例は、また、行動が無許可または許可条件に反して行われた場合に罰則を定めているが、それが刑罰法規としての明確さを欠くときは、憲法31条違反とされることがある。

集会のための場所が公共の施設である場合、管理権の下で当該行為を制限しようとするものでない限り、管理者による適切な管理権の行使の為にその使用を許可しないことは違憲とはならないが^{*8}、集会用の施設がその使命を十分達成せしめるよう適正な管理権行使は求められ、「公の秩序をみだすおそれがある場合」といった概括的規定は、人の生命・身体などが侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避・防止する必要性が上回っている場合に限定して解釈されるべきもの、とされる。

(二) 結社の自由

結社の自由は、共同目的のために他数人が継続的な団体(特に非営利社団)を自由に組織し得ること、で、政党結成の自由も含まれる。現代政治に於いて、政党結成の自由の内包は、自由主義的民主制

^{*8} 皇居外苑事件

に不可欠の前提と考えられる。ここに政党とは、政治上の信条・意見等を共通にする者が任意に結成する政治結社で、自由主義的民主制に不可欠の存在として、その運営には高度の自律性と自主性が保障される。

結社の自由は、結成された団体そのものの組織・運営の自由も内包し、結社に意義を認めるなら、団体の適切な運営の為に、それが反社会的でない限り、個々の構成員からの独立した法人格を持つことができるようにすることが、結社の自由の尊重の所以である。どのような団体にどのような法人格を与えるかも、立法政策の問題と考えられているが、法人となったものについて、憲法による権利保障が性質上可能な限り及ぶものと解されている。

(7) 居住・移転・外国移住の自由