

# 本 編

## 序章 憲法総論

### 概説

#### 1. 憲法とは何か

##### (1) 形式的意味の憲法と実質の意味の憲法（憲法の存在の仕方に着目した区別）

###### ア. 形式的意味

憲法という法形式をとって存在している法（憲法という名前では呼ばれる成文の法典（憲法典）を意味する場合）[予](#)29-7、[司](#)1-11（[予](#)1-7）

###### イ. 実質の意味

法形式にかかわらず国家の組織や作用に関する基本的な規範（ある特定の内容を持った法を憲法と呼ぶ場合）[司](#)1-11（[予](#)1-7）

この概念からすれば国会法や公職選挙法の一部の規定は憲法法源としての意味を持つ。

[司](#)20-1

**実質の意味の憲法**であっても、制限規範の性質を備えていないものは立憲主義の意味の憲法ということとはできない。★

※ 形式的意味の憲法と実質の意味の憲法の区別の意義は、本来憲法に書かれるべきことが書かれないことがあり、逆に、本来憲法の内容となるべきでないものが憲法の中に書かれることがあるという点に注意を促すことにある。[司](#)23-13

###### ア) 固有の意味

① 固有の意味の憲法とは、国家の統治の基本を定めた法としての憲法をいう。[予](#)29-7、[司](#)1-11（[予](#)1-7）

② 憲法なくして国家は存在し得ず、この意味での憲法は、あらゆる国家に存在する。

###### イ) 立憲の意味

① 立憲の意味の憲法とは、**自由主義に基づいて**定められた国家の基礎法をいう。

② 専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという立憲主義の思想に基づく憲法であり、その趣旨は、「権利保障が確保されず、権力分立が定められていない

社会は、すべて憲法をもつものではない」と規定する1789年フランス人権宣言16条に示されている。同20-1、予29-7、同1-11（予1-7）

なお、近代的意味の憲法は、近代立憲主義の思想に基づくものであって、近代市民革命以降に登場したにすぎない。同1-11（予1-7）

③ この意味の憲法の重要な狙いは権力を制限して**人権を保障**することにある。

※ 固有の意味の憲法と立憲的意味の憲法は、憲法の内容に着目した区別であり、憲法の存在形式とは無関係である。同23-13

(2) **立憲的憲法**の特色

立憲的憲法はその形式において成文であり、その性質においては硬性であるのが普通である。

(理由)

① 成文法が慣習法に勝るといふ近代合理主義及び社会契約説（＝契約である以上文書の形にすべきである）

② 憲法は国民の不可侵の自然権を保障するものであり、重要な基本価値を体现しているので、改正しにくい。同23-13

※ イギリスには「形式的意味の憲法」としての憲法典はないが、イギリスの憲法の全てが慣習法として存在するわけではなく、その多くは「実質的意味の憲法」として成文の法律の形で存在する。（イギリスは立憲主義の母国といわれる。）なお、法律で定められているので国会の単純多数決で改正することができる。

形式的意味の憲法		憲法という法形式をとって存在している法
実質的意味の憲法（法形式にかかわらず国家の組織や作用に関する基本的な規範）	固有の意味の憲法	国家の統治の基本を定めた法
	立憲的意味の憲法	<b>自由主義に基づいて</b> 定められた国家の基礎法 ①自由の基礎法 ②制限規範 ③最高法規

**2. 憲法規範の特質**

(1) **自由の基礎法**

憲法の中核は、自由の規範である人権規範である。確かに憲法は国家の機関を定める組織規範、各機関に国家作用を授権する授権規範を有するが、それは、**人権規範に奉仕するもの**として存在する。

一国の法秩序は憲法を頂点とし、以下に法律や命令、規則が存在するのであるから、憲法は国法秩序の中において最終的な授権規範性を有する。★

(2) **制限規範性**

憲法は**国家権力**を制限する基礎法である（制限規範）。制限規範とは、国家権力を制限するものとして表現され、国民の人権を制限するものとして表現されない。★

(3) **最高法規性**

① 憲法は最高法規であり、国法秩序において最も強い形式的効力を有する。98条はこの趣旨を明らかにしたものであるが、硬性であれば当然の要請である。

もっとも、**日本国憲法は、憲法の形式的優位性的実質的根拠を示すため、第10章「最高法規」中に基本的な人権の本質を定める97条を置いている。**この実質的最高法規性（§97）が形式的最高法規性の基礎をなし憲法の最高法規性を真に支える。他方、憲法尊重擁護義務（§99）は憲法保障の制度的事前的保障の一環として規定されており、憲法の形式

【法の支配と形式的法治主義】 ★

	法の支配	形式的法治主義
意義	専断的な国家権力の支配を排除し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を保障することを目的とする原理	国政の活動は立法府によって制定された法律に基づいて行われなければならないという考え方 ＝この原理は立法府によって行政府や司法府の活動を抑制し一般国民の権利を保護しようとするものである ★
「法」の意味	内容が合理的でなければならないという実質的要件を含む観念であり、ひいては人権の観念という特定の倫理思想とも結びつくものである	内容とは関係のない形式的な法律であり、「法」内容の合理性は問題とされない
民主主義との関係	法の支配は、権利・自由を制約する法律の内容は国民自身が決定することを建前とする原理であり、その点で民主主義と結合するものである	法治国家の観念は、民主的な政治制度と結びついているわけではなく、単に国家作用が行われる形式・手続を示すものにすぎず、いかなる政治体制とも結合し得る
採用国	アメリカ、イギリス、戦後の日本	戦前のドイツ、戦前の日本 ※ 戦後のドイツでは、法律の内容の正当性を要求し、不当な内容の法律を憲法に照らして排除するという違憲審査制が採用されるようになっており、形式的法治国家から実質的法治国家へと移行している
背景	裁判所に対する信頼	裁判所に対する不信

【法律の留保】 ★

	法律による保障	法律による行政
定義	①権利の保障を直接憲法によって定めるのではなく法律によって定めるといふもの ②「人権保障規定に『法律の範囲内において』などの留保が付されていることを指して使われる場合」	①一定の事項について行政の自由を否定して、行政の活動には必ず法律の根拠を必要とするもの ②「法律の根拠に基づかなければ行政権は発動できない」という意味で使われる場合」
内容	①「法律の留保」がないということは、立法権に制約を課したものである ②「法律の留保」があると人権を憲法で規定した意味が失われることになりかねない	①租税法律主義を定めた憲法84条は「法律の留保」が明文で規定された具体例である ②個人の権利・自由の制約については「法律の留保」が必要である ③「法律の留保」の範囲は国民の権利・自由が侵害される場合の他、国民に権利を付与する場合や義務を免除する場合にも認められるべきである
例	明治憲法	日本国憲法

(2) 立憲主義

ア. 近代立憲主義の意義

近代立憲主義とは、憲法によって国家権力に縛りをかけようとする思想ないし実践を意味する。これは、イギリス、フランス、アメリカの市民革命を通じて確立されてきたものであり、イギリスにおける1215年のマグナカルタによって確立されたわけではない。

司27-11

示していると否とにかかわらずなく、憲法12条、13条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである」。

〈解説〉

本判決は、12条が権利・自由の制限根拠となるとみなしている（最大判昭38.5.15参照）。

## 2. 各論

- ① 12条は、直ちに法的効果を生ずるものではなく、憲法の運用における道徳的指針ないし心構えを示すものであり、12条のみを根拠として、一定の行為を直ちに権利濫用であるとして制限することはできない（通説）。
- ② 本条は、公共の福祉を害する行為を禁じたものであり、公共の福祉を促進するように人権を行使する義務を課したのではない。

## 第13条 ★★★

### 第13条（個人の尊重・幸福追求権・公共の福祉）

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。

### 趣旨

本条は、人間社会における価値の根源が個人にあるとし、「個人の尊重」原理を宣言し、一方では利己主義を排し、他方では全体主義を否定するものである。すなわち、本条は個人の尊厳と人格価値の尊重を宣言したものである（最大判昭23.3.24）。

### 注解

#### 1. 包括的基本権

##### (1) 幸福追求権

【賭博行為：最大判昭25.11.22＝百選 I No.17】

「賭博行為は、一面互に自己の財物を自己の好むところに投ずるだけであって、他人の財産権をその意に反して侵害するものではなく、従って、一見各人に任された自由行為に属し罪悪と称するに足りないようにも見えるが、しかし、他面働勞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働勞の美風（憲法27条1項参照）を害するばかりでなく、甚だしきは暴行、脅迫、殺傷、強窃盜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」ので、「公共の福祉に反する」。

【被拘禁者の喫煙禁止：最大判昭45.9.16＝百選 I No.15】 P 40参照

「喫煙の自由は、憲法13条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」。