

Ⅶ 憲法上の義務

西村 枝美

- 1 イエリネクの地位論
- 2 義務のその後
- 3 公務員の義務
- 4 分析

本稿は、近年、大阪市との関連で起こされた訴訟のうち、市長と市職員組合との間でのものについて¹⁾、公務員の権利制限の問題と同時に、そもそも前提とされている義務の理解の問題ではないかとの考えに基づき、近代憲法において「国民の義務」がどのように位置づけられているのかについて確認することを目的とする。

1 イエリネクの地位論

(1) 国民の二重の地位

日本国憲法の第三章は「国民の権利及び義務」と題されており、教育の義務(26条)、勤労の義務(27条)、納税の義務(30条)という三つの義務が規定されている(12条を入れるならば四つである)。しかし、近年の憲法の教科書においてこの章を講ずる部分における表題から、「義務」が欠如し、「権利」に着目した題を掲げている場合が大半である。さらに、この「義務」の側面は、教科書の章の表題から消えているのみならず、教科書の分量に比例して、時として説明自体も欠如する。おそらく現在最も多く使用されている教科書の一つである

芦部信喜の『憲法』には、「基本的人権」の章の中に、「義務」についての節は独立して設けられていない²⁾。

日本国憲法公布後の初期の教科書として位置づけられる、美濃部達吉の手による『日本国憲法原論』は八章から構成されており、日本国憲法第三章については、同教科書の第三章「国土および国民」という、章にて扱われている³⁾。そしてこの章は「日本の領土」「日本国民」「国民の権利および義務」という三節から構成されている。先の芦部信喜の『憲法』には、まさにその冒頭に「国家の三要素」として「領土、人、権力」があり、「この国家という統治団体の存在を基礎づける基本法、それが通常、憲法と呼ばれてきた法」である、と述べて憲法の総論の記述に入るわけであるが、総論の後、日本国憲法固有の記述に入っても、この国家の三要素のうちの領土と国民について、日本についてのその説明が欠如している⁴⁾。これに対し美濃部達吉は、日本の領土の範囲および領土変更の法的性質等について記述を行い、続けて日本国民たる要件と国民の国法上の地位について説明する。この、第2節の「日本国民」が、次節の「国民の権利および義務」とは別に置かれていることに注意しなければならない。なぜなら、ここで明らかにベースにされているイエリネクの地位論は、芦部の教科書では、(後述するように自覚的に)単なる権利の分類論⁵⁾となっているからである⁶⁾。

イエリネクの地位論は、国家に対して国民の置かれる地位を受動的地位、消極的地位、積極的地位、能動的地位に区分する、とされている⁷⁾。この地位論が単なる権利の分類論に骨抜きされている現在、この分類は、受動的地位→義務、消極的地位→自由権、積極的地位→受益権、能動的地位→参政権、として受け継がれている⁸⁾。しかしイエリネクにとって、「受動的地位」とは、その他の三つの国民の地位と並列される一つの地位ではなく、真っ先に言及されるべき位置づけにある。この地位が国家との関係で設定されていない限り、他の地位は生じないのである。

イエリネクは、『一般国家学』⁹⁾において、「国家の要素の法的地位」と題する
(138)

章にて、先ほどの国家の三要素、領土、国民、国家権力について講じている。その際、国民については、「国家の中の国民は二重の機能をもっている」、すなわち、「国家団体の一つの要素であり、国家権力の主体としての国家に属する」機能（この機能について、イエリネクは「主体的性質における国民」と呼んでいる）と、「国家の行為の対象、客体としての国民」という機能である。前者のような働きは「民主主義的に組織された国家以外では、直ちには認められない」ものであり、「国民は全くの同等者から成り立っている」のであり、この国民は「国家の一員としては権利主体」であり、「権利主体性は、国民共同体の中の個人の構成員的地位が国家によって承認されることによって表明される。しかし権利主体性はその中に、人としての人間の承認、すなわち公的権利の領域を所持している個人としての人間の承認を含んでいる」¹⁰⁾。これに対し後者の客体としての国民は、「義務主体」であり、この特性は、前者の権利主体としての特性よりも「遙かに容易に認識され」、「個人は国家の支配命令に服する」というこの従属性は「決して一つの国家における構成員としての地位と必然的に結びつくものではない。それにもまして人格という前提に結びつくものではない」¹¹⁾。前者の権利主体としての国民は、人としての承認、国家の成員としての承認により、「国家仲間、すなわち国家権力に対して法的請求権を持っている人々の総体である」「これらの権利は、直接人格の上のみずからの基礎をおいているという点において私権と本質的に異なっている。公権は私権と違って、人と区別された客体を持つものではない」¹²⁾。これに対して、後者の義務という第二の特性は、①「国家の構成員であることから直接に生まれる義務」と②「個人そのものにかかってくる義務」があり、①の義務こそは、「その義務の履行が単に国家への提供だけを含むのではなくして国家の為の行為、たとえば兵役の義務、陪審員たる義務、三真因たる義務、永続的な名誉職を引き受ける義務、一言で言えば、公的な忠勤義務をも含むものである。このような義務には、より上位の権利付与資格付与という要素が内在しており、その要素は義務履行と結びついて名誉とよばれている」¹³⁾。また②の領域であっても国家権力と個人の関係は

「法の主体と客体との完全な分離に基礎をおくものと考えられるべきではない」、
というのは、確かに個々の場合には刑罰の形式により「一切の権利の要素を欠
いた、純粋な単なる服従義務」の関係になることがあり、この際には個人は権
利主体ではないが、臣民全体の服従は個々の関係とは異なり「命令する権力は
服従されることがないならば支配権力としての性格を喪失する」ことから「国
家権力の補語をなしており、これなしには、国家権力は存在し得ない」¹⁴⁾。

(2) 日本国憲法施行後の学説

① 美濃部達吉

イエリネクの体系を戦前日本にもたらした美濃部達吉の、戦後の教科書には
この受動的地位という文言は使用されていない。しかし、「日本国民たる要件」
を講ずる冒頭で「国家の恒久的所属員として領土内にあると否とを問わず国家
の統治に服する義務のある者を国民」と称する¹⁵⁾と述べ、また、「国民の国法
上の地位」につき、国民は国家において三重の地位を有する、と述べ、その詳
細を説明する際に、それら三重の地位それぞれに権利と義務が伴っているとす
るのである（後述する論者が、この三重の地位を権利と絡めてしか説明してい
ないのに対し、美濃部は、権利と義務との両面を説明する）¹⁶⁾。すなわち、「第
一に国民は国家を構成する一分子」であり、ここにおいて国民は「国家の運命
を負擔し其の存立を保持し其の進運を扶翼する責務と権能とを有する」「唯国民
の各個人が如何なる限度においてこの点につき権利と義務を有するかは、各国
各時代の国法によって定まる」ものであり、「我が憲法は、一面に於いて国民が
等しく国事に参加し得る権利を有することを認めており、それは即ち国民の参
政権」であり、「一面に於いて国民が納税により国家の経済力に寄与すべき義務
があることを認めている」とする。第二に、「国内に於いて社会生活を為す一
員」である国民は、「社会の平和を保ち其の秩序を害すべからざると共に各人等
しく安全幸福な社会生活を営むことに付き権利を主張し得べき地位にある。一
面に於いて社会の安全を保護し其の秩序を維持することは国家の目的の重要な

一部を為し、此の目的の為に国家の統治権に依り社会を統制するものであるから、国民は社会の一員として其の統制に服さねばならぬ義務を負うと共に、一面に於いて国家は社会生活を幸福ならしむる為に種々の社会的施設を為し社会各人をして健全な文化的生活を営むを得べからしむる任務を有し、各人は此等の社会的施設の利益を享受する権利を有する」。第三に「個体として独自の生存目的を有する主体たる地位を有する」国民は、「其の生命自由及び財産の安全を保障せられ、社会の安寧秩序を妨げず又他人の利益を害しない限度に於いては、国家権力を以ても其の生命自由財産を侵されない権利を認められて居る」。

② 宮沢俊義

この地位論と一体となった義務及び国家の統治の客体としての国民、義務主体としての国民は、その後、どうなったのか。

宮沢俊義は、『憲法Ⅱ』において、「統治機構」と「基本的人権」のうち後者を扱い¹⁷⁾、その中には「日本国民たる要件」や「義務」に関する章はあるものの、イェリネクとは異なり、「日本国民たる要件」では日本国憲法10条を中心とする国籍についての説明のみにとどまり¹⁸⁾、また「義務」についても日本国憲法に規定された、教育の義務、勤労の義務、納税の義務の解釈にとどまっている¹⁹⁾。その背景には人権理解がそもそもイェリネクと異なることがある。宮沢は「人権総論」のうちの「人権の概念」と題する節にてイェリネクの地位論を「自由権・参政権または社会権は、いずれも人がその所属する（または、その関連する）国家に対する関係において有する権利だとされる。そこで、国民が国家に対する関係において、どのような地位に立つか、の問題を考察することが、それらの権利の性質を明らかにするために必要となる」とした上で、イェリネクの地位論を「国民の国法に対する関係」に修正したケルゼンに言及した後、両者をふまえ、権利の性質を「イェリネクのように、国家に対する国民の地位と考えてもいいが、ここでは、より正確に、ケルゼンのように、国民の国法に対する関係としてとり扱うことにする」として、客体としての国民を、「国民はまず国法によって義務づけられる関係に立つ」とする²⁰⁾。これをイェリネク

と同様に、「国民にとってもっとも本質的な関係」「ある国の国法に対して、全く受動的な関係に立たない人は、その国の国民ではない」とはするが、イエリネクの地位論のように支配権力への服従一般、ではなく、「具体的な法規範の反面」としての義務であり、法規範の内容の多種多様性に依じて、多様な義務があることになる²¹⁾。

③ 芦部信喜

芦部信喜は、未完に終わった『憲法学』で人権総論を扱う第二巻において、「国民」については「人権の享有主体」でとりあげる。ここで国民の意味として（「地位」という表現は用いられていない、「国民」という文言の「意味」である）「国家構成員としての国民」「主権の主体としての国民」「国家機関としての国民」の意味があると指摘している²²⁾。そして、「人権の種類」の章で地位論を批判的に検討している。「イエリネクの地位理論の第一の問題は、基本権の権利性が、出訴可能な者に限定され……人間の尊厳性を確保するという要請と結びつけて考えられていない」「第二の問題は、個人的公権の帰属主体が、現実に生活する自然人としての具体的な個人ではなく、国家によって創られた権利主体（法的人格）として抽象的な個人であったこと」「第三に、イエリネク理論では、国家権力は、実定法上に国民に一定の『権利』が保障された限りで、それによって拘束を受けるが、原理的には無制約の権力であるという前提がとられていること」「第四に、イエリネクの地位理論では、二〇世紀憲法の社会権利位置づけることができないということの問題とする有力な見解もある」と、この地位理論の問題点を挙げている²³⁾。その上で、各論者の新しい分類を紹介、検討した後に、「分類の相対性」と題して芦部は人権の種別を講じる。「人権宣言は、種々の法思想・政治思想に裏づけられ、国家権力の構造や社会経済的組織の変化と密接に関連して発展してきたものであるから、一国の人権宣言の保障する各種の人権を一つの観点から分類し体系化することには、おのずから限界がある」²⁴⁾というのである。その上で、「本書は、人権を類別する最も重要な解釈論的意味は、各人権の法的性質及び意義と関係づけながらそれを規制する立法の

違憲審査の準則を明らかにすることにある、と考える」とする一方で²⁵⁾、「そのシェーマだけでは、人権の歴史的展開とそれぞれの人権の法的性質が十分に浮かび上がってこないのが、古典的な分類論の現代的意義を認め……各権利が国家権力ないし国宝との関係でいかなる法的性質をもつかという点をも重視する」として、そうした観点から、包括的基本権、法の下での平等、自由権（内面的精神的活動の自由、外面的精神活動の自由、経済活動の自由、人身の自由）、参政権、国務請求権、社会権、に分類する²⁶⁾。芦部は、義務については、この「人権の類型」の後、人権宣言の内容が人権に関するもの以外も含んでいることがあるとして制度的保障、プログラム規定、と並んで「基本的義務」に言及する。ここで芦部は、社会契約説は国家社会を権利と義務の関係で構成したので、国民の義務の理念もまた自然法的にとらえられた、として18・19世紀憲法の基本義務につき、当初は、とくに相互に安全を保ち法律に従う義務が強調され、また、国家に対する義務だけではなく他人に対する義務も憲法に規定されていたが、後、国家の近代化や資本主義の発展に対応して、憲法に規定されるのは、一般に兵役の義務、納税の義務などに限定され、19世紀からはこうした古典的義務に加えて教育の義務が登場した、とする。20世紀憲法になると、納税、兵役、教育という「三大基本義務」は大きく変化するという。その例として戦前ではワイマール憲法、戦後のドイツ連邦共和国基本法を挙げる。ワイマール憲法は権利には義務が伴うという思想に基づき、三大基本義務はもちろんそれ以外にも各種の義務を規定したこと、戦後のドイツ基本法は、一転「基本権」に並ぶ「基本義務」といった表題が無くなったこと（ただし、条文中には義務規定複数あり）が指摘されている。芦部は憲法における義務の規定は「例示にすぎない」し「憲法に一定の義務が定められていても、それが法律によって具体化されない限り、憲法規定だけで直ちに実効性をもつことはできない」としつつも「これでもなお、義務の条項には……人権のあり方、国家のあり方の基本に関わるものが含まれていることに、十分注意しなければならない」という²⁷⁾。また「憲法で定められた義務だからと言って通常の法律で定められた義務より

も強い法的効力を有するわけではない」とも述べている²⁸⁾。

④ 奥平康弘

奥平康弘は、地位論への言及はしない。「日本国憲法が保障する権利の見取図」を講じる章で、イエリネク「流」の類型への言及はあるが、受動的地位に相当する部分は、「国家との関係で受動的、受け身的であるということからは、『権利』ではなくて『義務』」、と説明されるにとどまる²⁹⁾。他方で「憲法上の義務」の章にて、近代憲法にとって義務規定は「本質的でも不可欠でもない」とする。なぜか。近代憲法は、「権利章典のほか、国家権力の組織・作用の大綱をもつのを本質」とし、憲法によって国家権力、「ひとをして強制してあることをなさしめる。あるいはやらせない力、つまり、なす義務（作為義務）および、しない義務（不作為義務）を課する力」を設定する。つまり憲法は国家権力を設定して、それに「国家構成員（市民）に義務を課する正当性（根拠）を与えた、と解される」というのである。他方で、近代憲法は「権利章典を設定することによって、権力（すなわち義務を課する力）にたいして権利保障規定その他内容項これを制限するさまざまなくさびを打ち、他方で三権各々の所在・手続を規律するとともに、三つの権力が相互に抑制するという権力機構内部で働く歯止めをはめ込んでいるのである」とする。したがって、権利自由の規定がなかったら、憲法の存在意義がないことになるが、義務規定がないからといって何の痛痒も生じないことになる³⁰⁾。奥平にとって、憲法上の義務規定は「憲法点のなかに取り込むことによって、その重要性を表示するという、デモンストレーション効果がねらわれている」「法律学的な意味ではなくて、政治道徳的・倫理的意味合いが重視されている」だけのものであり、あえて言えば、「自由主義的・個人主義的な観点で貫かれている『基本権』諸規定を前提にしながらも、共和主義的・協同主義的な観点から『基本義務』を打ち出して、ある種の均衡を保持しようとする考え方の現れ」ということになる³¹⁾。

⑤ 樋口陽一

樋口陽一は、権利の類型に際してイエリネクへの言及は19世紀ドイツの考え

方として参照されているにとどまる³²⁾。樋口が着眼するのは、①「それぞれの権利の性格をめぐる議論の際には、権利内容のいわば実体法上の性格の問題と、権利保障の方式といういわば手続法上の問題とが、密接に結びついてきている」ことと（権利保障が「宣言的保障から裁判的保障」へ展開してきた、とある³³⁾）、②18-19世紀では、国家「からの自由」と国家「への自由」が対比されることが多かったのに対し、20世紀になると「国家からの自由と国家の関与（社会権など）の対比がかわわる」、ということ、である³⁴⁾。これを受けて、権利の保障の各論において樋口は、「古典的権利に関する諸条項—その一」「古典的権利に関する諸条項—その二」「現代的意義を持つ諸条項」「市民の権利」「義務」に分かれる。古典的権利に関する諸条項その一では、平等、精神的自由・経済的自由・身体の自由が、その二では、いわゆる国務請求権が説明される。「義務」の章にて樋口は、憲法12条を「訓示規定」とした上で、教育、勤労、納税の義務について講じた後、ある主張（憲法第三章が義務の条項が少ないことを憲法の欠点と試写会一般の倫理意識の低下の責任をそこに負わせようとする主張）に対し、「近代憲法にとっては、権力を制約し国民の側の権利を保障することこそがその眼目だったのであり、道徳的義務の問題についていえば、そもそも近代法は、法と道徳の分離というところに、その基本性格があることからして、そのような議論はあたらない」とする³⁵⁾。

2 義務のその後

(1) 一般論

ここで対象としている「義務」は、納税の義務、兵役の義務、教育の義務といった個別の義務ではなく、イェリネクのいう、国民が持つ、二重の機能のうち、統治権の客体、義務主体としての側面である。上記の教科書の理解から、共通して、従来の理解（一般的包括的支配権が国家の側にあり、国民はその命令に服従するという包括的義務がある）はもはや採用されていないことを確認

しておく。つまり、近代憲法によって設定された国家権力は、国民との関係で命令を下すときには、憲法の定めた手続に従ってこれを行う他ないのである。

次の問題は、憲法の定めた手続、すなわち、国民の代表者から構成される民主的機関による立法にさえ基づけば、国民はそれに従うことを自動的に義務づけられるのか、である。

一般的に言えば、もちろん違う。民主的な機関が行った立法（法律や条例）でさえあれば憲法、とりわけ国民の権利に自動的に適合するわけではないからである。他方、注意しなければならないのは、憲法上の権利に関わることでさえあれば、一切の法律が違憲となるわけではない。学説は、一部の権利以外は、権利を制限する立法にその必要性があるか、についての審査に入る。立法する必要性の有無を問わず、自動的に権利主張の側が勝つわけではないのである。

伊藤正己は「およそ法は対立しあう社会的諸利益の妥当な調整を主要な機能としているのであり、法による社会的統制には諸利益の適正な衡量を必要とすることはいうまでもない。憲法もまたそうであるし、基本法としてとくに高度な判断に基づく比較衡量が要求されるといってよい」とする³⁶⁾。そして憲法における衡量は以下の二段階で行われる、という³⁷⁾。①憲法における利益衡量が憲法制定者によって行われ、その考量の結果が成分で示されている場合。この場合は、憲法解釈の段階で、さらに解釈者が他の社会的利益との衡量を行うことはできない。これに当たるのは、憲法36条の公務員による拷問禁止や憲法21条2項前段の検閲の禁止である。「拷問」「検閲」に、ある行為があたると判断された場合、いかにその必要性が大きくとも、その「必要性」とこの禁止との比較衡量は憲法は認めていない。これとは異なり、憲法制定段階でこうした利益衡量が完了しておらず、憲法解釈の段階での諸利益の衡量が排斥されていないと考えられる場合が②である。「これらの憲法上の人権を制限する規制措置がとられたとき、その人権の性格、対立する利益の性質、制限の程度、規制の目的、必要性、方法、その方法に代わるべき他の手段の有無など多くの要素を考え、その比較衡量を行って、それが憲法上許容されるかどうかを決定すること

になる」。その際に、その時「その人権が憲法秩序において占める価値の序列を
考えること」がきわめて重要になる。経済的自由権と（外面的）精神的自由権
を対比すると、②-1 経済的自由権については何が合理的で適正な利益の均衡
であるかは立法部の判断に委ねられているところが大きく、「利益衡量を第一次
的に行う立法部の裁量が尊重され、これが恣意的であるときのみ裁判所がその
衡量の是非に介入することになろう」。これに対し、精神的自由権に対する規制
については、「このような単純な衡量は成立しない」のであり、恣意的である場
合のみ裁判所が立法部の行った利益衡量に介入するわけではない。②-2 精神
的自由権にかかわる利益衡量については、それを「指導するルール」「利益衡量
をわくづけるもの」が必要であり、アドホックな個別事例ごとの利益衡量に委
ねない³⁸⁾。その際のルールとして、例えば「明白かつ現在の危険」の基準、「明
確性」の基準、「より制限的でない他の手段（LRA）」の基準が挙げられている。

伊藤正己がアドホックな利益衡量にならないよう設定するこれらの衡量のル
ールに共通するのは、制限に必要性があるのみならず、それによって制限され
る精神的自由権の範囲を最小限にした形での立法であることを求めている点で
ある。

(2) 判例

問題は、裁判所がこの学説のスタンダードを共有しているか、である。

現時点で、以下の4点が指摘できると思われる。①権利の価値序列を、精神
的自由と経済的自由とで区別するやり方はしていない。しかし、問題となっ
ている地位、権利の、法体系における重みが勘案された例はある。②規制自体に
合理性があれば、さらに「最小限度の規制」「より制限的でない他の選ぶる手
段」でないことを理由に違憲とはしない、③「明白かつ現在の危険」は言及さ
れはするが、自由を規制する際の一般的ルールとしての位置づけにとどまり表
現の自由保障に資する基準としての位置づけにはない、民主的機関による立法
を行っても、その立法自体が憲法に適合していなければ違憲となるのは当然と

して、さらに、立法自体が合憲でも、それに基づきさえすれば、あらゆる処分が合憲となるわけではない、④「明確性」の基準は、ある行為自体を規制することは問題ない場合、立法技術の未熟さからその規制を適切に規定できていなくとも、ただちには違憲としない。

これらの点について判例を交えて説明する。

まず、①であるが、地位・権利の法体系における重みが考慮されたと言いうる事例として、薬局開設距離にかかる薬事法違憲判決、国籍法違憲判決、非嫡出子法定相続分差別判決が挙げられる。

憲法22条1項違反が問題となった、薬局開設距離制限事件³⁹⁾は、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」と述べ、職業の個人の人格的価値との関係を説き、薬局開設の距離制限が、開業そのものの禁止ではないことは認めつつも、「薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである」、と、憲法22条1項にとってのこの制限のダメージの大きさを指摘し、このような距離制限を薬局開設の許可要件としたことが、競争激化による不良薬品の流通防止であることを受けて、「違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上は認められるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約

と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである」と、している。

国籍法違憲判決⁴⁰⁾は、国籍法が、出生当時、日本国民である父から認知されていない日本国籍ではない母から生まれた子が、帰化によらず、自動的に国籍を取得できる要件として、両親の婚姻を要件としていたことについて、この国籍という地位について、以下のように述べている。「国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない。」「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」

民法900条4号但書において規定されている非嫡出子の相続分を、嫡出子の二分の一とする規定について、これまでの合憲判決⁴¹⁾から違憲判決⁴²⁾に転じた際、最高裁は、前回の合憲判決時点や判決以後、非嫡出子の身分に関わる各種の動きを列挙した後、「本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は、その中のいずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし、昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様

化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる」とする。

次に、②についてであるが、学説はたとえば表現の自由を場所、時間帯、といった観点から規制する際には、表現の自由にとって「より制限的ではない他の選びうる」規制の手段の有無を検討し、そうした手段があるならば、表現の自由にとって過剰な規制をしているとし違憲とする考え方を採っている。例えば、公安条例でデモを許可制としている場合を、より制限的ではない届出制にすべき、もしくは、現行の公職選挙法にて選挙期間中の戸別訪問を一律禁止しているが、真摯に政策を説くための訪問が制限されていることを問題視し、選挙の公平性を失する行為については個別に事後処罰すればよく、予防的に一律禁止している現行規定は、より制限的ではない手法を採用していないと批判する、といったように、である。

最高裁は、公安条例について早々に新潟公安条例事件⁴³⁾において、最高裁は「明白かつ現在の危険」基準に近いものに言及しつつこの許可制を採っている公安条例を合憲としている。もっとも最高裁は、デモを一律に規制することは憲法の趣旨に反し許されない、と述べている。その部分を抜粋すると、同条例1条が許可の対象としている集团的恣意運動等は、「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」としている。とはいえこの行動が「公共の秩序を保持し、又は公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、予じめ許可を受けしめ、又は届出をなさしめてこのような場合にはこれを禁止することができる旨の規定を条例に設けても、これをもつて直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限するものと解することはできない。けだしかかる条例の規定は、なんらこれらの行動を一般に制限するのでなく、前示の観点から単に特定の場所又は方法について制限する場合があることを認めるに過ぎないからである。さらにまた、これらの行動について公共の安全に対し明らかな差迫つた危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができる旨の規定を設けることも、これをもつて直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならないと解すべきである」とする。同判決には、裁判官井上登及び岩松三郎の補足意見がついており、それによれば、「本件条例は許可という語を用いて居るけれども、特に許可しない場合を規定し、それに該当しない限り許可しなければならないことになつて居り（第四条第一項）また特に許さない旨の意思表示をしない限り許可されたと同様になるのである（第四条第四項）。されば語は許可といつて居るけれども実質は届出制において正当な事由ある場合に禁止をするのと少しも変らないのである。それ故届出制ならばいいけれども本件の条例はいけないうが如きは全く「許可」という字句だけに捕われたもので意味がない。尤も同条例第四条一項の反面解釈として公安委員会は公安を害する虞があると認める場合には許可を与えないことができると解し得るので、同委員会がかかる公安危害の虞あることの認定をあやまつて許可すべき申請を認容しなかつた場合には同条例第一条それ自体並びに右の如き不許可処分について違憲の問題を生ずる余地がないではない。しかし、本件は、許可の申請をもしないで原判示の行動をした事案であるから、所論第一条が違憲なると否とに拘わりなく被告人を所罰した原判決に違憲があるとはいいい得ない。」とする。

公職選挙法上の戸別訪問についても一貫して合憲判決が出続けている。最初期に、憲法21条の保障する表現の自由は「対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのずから存することは、これを容認するものと思うべきであるから、選挙の公正を期するために戸別訪問を禁止した結果として、言論自由の制限をもたらすことがあるとしても、これ等の禁止規定を所論のように憲法に違反するものということとはできない」⁴⁴⁾とのべ、この「選挙の公正」について、後にさらに「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。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、選挙運動の期間を長期に亘らない相当の期間に限定し、かつ、その始期を一定して、各候補者が能うかぎり同一の条件の下に選挙運動に従事し得ることとする必要がある」ので、戸別訪問の禁止は必要かつ合理的規制とする⁴⁵⁾。

③の「明白かつ現在の危険」とは「ある法律が人の表現行為を処罰できる規定を設けているとき、その規定の適用を、法の防止目的とする実質的害悪をひき起こす明白にして差し迫った危険を作り出す状況に限る」⁴⁶⁾という基準である。

芦部はこの基準を表現の自由の規制立法すべてに適用するのではなく、一定の表現内容（たとえばせん動を処罰する法律）に用いるのが妥当として⁴⁷⁾る。

判例は上述した新潟県公安条例事件を含めてこの基準を連想させる文言は用いているが、規定それ自体にそれが明確化されていることまでは求めておらず、規定に基づき規制を行う権限者に、その「明白且つ現在の危険」基準に基づいた権限行使を求めるという一般的要請⁴⁸⁾として、もしくは、規制対象がそうした「危険」を内包するものであるから、規制自体を適当とすることを持ち出すためである⁴⁹⁾。

せん動を処罰する法律との関連でいえば、この基準は登場していない。破壊活動防止法39条、40条が憲法21条に違反するかについては、「表現の自由の保護を受けるに値しない」とこの活動の制限がやむを得ないものと位置づけられており、憲法上の権利の保護領域から外れている。国家公務員法が同法が禁止する争議行為に付き、それをあおる行為に、さらに刑罰を科していることについても、争議行為の禁止が憲法28条に違反しないことを確認した上で、これをあおる行為は「違法な争議行為に対する原動力を与える者として、単なる争議参加者にくらべて社会的責任が重い」などとして、とくに処罰の必要性を認めることに合理性があるとしている⁵⁰⁾。

④の明確性の基準は、規制対象が漠然不明確な文言を限定的に解釈することで最高裁は乗り切っており、この基準を満たさないことを理由に違憲としたものは無い。ただ、しばしば反対意見⁵¹⁾がこれを理由に違憲を主張するのも確かであり、またその際に、問題となっている事件が、限定した文言がまさに規制しようとしていた行為そのものであり、不明確ゆえに無効を争えるとするところへの疑問が補足意見ないし意見⁵²⁾で表明される。

このように、判例と学説は、立法の憲法適合性判断をめぐり、必ずしも足並みがそろっているわけではない。ただ、学説のような「最小限」の規制であること、それが法律の文言上明記されていることまで、判例が求めているとしても、個々の具体的な処分に際して、「法律に根拠があれば違法ではない」といった荒っぽい理由付けは一切していないことにも注意が必要である。国民は、自己の自由を制限する法律に自動的に服するわけではない。

3 公務員の義務

もう一度繰り返すが、近代憲法下においては、国家と国民の関係が包括的支配権と服従、という権力関係にはなく、国家が国民に命令を下すときには憲法の定めた手続に従わなければならない。では国家と国民がこのような権力関係

にはもはや無くなった一方で、此との対比で「特別権力関係」と呼ばれてきた領域、とりわけ国家と公務員の関係について、近代憲法はどのように扱うのだろうか。

この理論の母国、ドイツの状況を概観しよう。

イェリネックの地位論は、国家の包括的支配権の存在に服する義務の存在を前提に、各種の地位が派生するというものであったが、戦後のドイツではどうなったか。たとえばヘッセは、そもそも国家を所与の前提とはしない。憲法の課題が、従来の国家と社会を含めた全体（これをヘッセは公共体と呼ぶ）の法的秩序を作り出し続けることにあるとして、これにより政治的統一が維持されている限りで「国家は現実となり、統一的な行為・作用の連関として『所与』となる」⁵³⁾、とする。そして、日本で言う憲法に相当する基本法に定められた基本権により、個人の、この公共体の法的基本秩序における地位が根拠付けられることになる。基本権には二重の機能があり、一つには個人の権利として「個人の法条対をその根底において規定・確保する作用をし、民主制秩序および法治国家秩序の（客観的）基本的諸要素としては。個人の法条対をこの秩序に組み込む作用をする」⁵⁴⁾。

この個人に公共体の法的基本秩序における地位を与える基本権は、公務員についても及ぶ。従来、特別権力関係と呼ばれていた国家と個人の間を、ヘッセは公民の一般的地位との対応関係において「特殊地位」と呼び、これも「憲法外に横たわっているものではない」として、この特殊地位が、一般市民に対する基本権制限可能性を超えて、さらに制限されるには、①特殊地位の関係がその基礎を憲法自身に有していること、②特殊地位の関係の特質から、基本権の制限がどうしても必要とされるものでなければならないこと（基本権が特殊な秩序を阻害しない、もしくは単に重要ではない部分しか阻害しない場合には、一般の市民以上の基本権を制限する必要はない）、③これらの二つが充たされて制限される場合であっても、その制限は常に均衡がとれたものでなければならない、としている⁵⁵⁾。

つまり、現在の主要な教科書いずれにおいても、この特殊地位についての記述は実に簡潔である。すなわち、基本権の制限についての一般的ルールを概観した後、「その他の、もしくは補完的な基本権制限の可能性は存在しない。……特殊地位関係（特別権力関係）、とりわけ管理・軍隊・学校・刑執行関係においても、同じく補完的制限可能性は存在せず、したがって、介入にはそれに応じた法律の根拠もしくは競合する憲法に基づいて正当化されなければならない」⁵⁶⁾（この「競合する憲法」として後述するように基本法33条4号、5号という憲法上の要請があることに注意）。

ただ、ドイツで、かつての「特別権力関係」にあった公務員、といったときに、想定されているものが日本より範囲が狭いことに注意しなければならない。つまりドイツでは、官吏と、私法上の労働関係におかれている従業員（以前は、一般職員と作業員）に公務員が区分されている。従業員の勤務関係は、官吏と区別されており、行政行為によって公法上基礎付けられている官吏とは異なり、契約によって私法上基礎付けられており、賃金の支払いも、官吏のように法律によって、ではなく、労働協約によって基礎付けられており、給与の評価も、官吏のように勤続年数ではなく、年齢で、また、官吏のように委嘱されたポストではなく、業務内容によって基礎付けられており、権利保護も、官吏のように行政裁判所ではなく、労働裁判所によって行われている⁵⁷⁾。基本法33条4号には、「主権的権能の行使は、公法上の勤務関係・忠誠関係にある常勤の公務員に委ねなければならない」とあるが、この条項が対象としているのは、官吏であって、国から雇われていても私法上の契約の形態で雇われている従業員は含まれない⁵⁸⁾。

この、国に雇われていても官吏と従業員は違うことが端的にうかがえる連邦憲法裁判所の判断を一つ紹介する。ドイツ連邦郵便（日本のように民営化されていない）の従業員が労働協約をめぐるストライキを行い（官吏はストライキが禁止されているが、国家に私法上の契約に基づいて雇用されている従業員にはストライキは禁止されていない）、この間、ドイツ連邦郵便は、ストライキを

行っている従業員の属する郵便局等の官吏に対し、職務命令を出し、かわりにその業務に当たらせた、という事件である。連邦憲法裁判所は、これを基本法9条3項で保障されている団結の自由侵害として違憲とした⁵⁹⁾。基本法9条は結社の自由に関する条文であり、その3項は、労働条件・経済条件の擁護要求を目的とする団体の自由を保障している。この団結の自由は、組合結成それ自体だけではなく、労働協約の自治を確保する為に、ストライキを含む上記目的に資する活動の自由をも保障しており、また、公務に従事する者（公権力の行使の有無を問わず）にもこの団結の自由は保障されている⁶⁰⁾。労働協約の自治の保障の為、使用者と労働者の双方が等しく9条3項の保障を受けており、両者の自由をどのように調整するかについては、法秩序による形成を必要とする。両者がともに基本権主体の場合には、ストライキの対抗措置について法律による根拠を必ずしも必要としないが、ストライキ中の職場に官吏を動員する場合には「必ず法律の根拠が必要である」⁶¹⁾。国家は、このストライキへの対抗措置の際、使用者という私法上の主体の側面と、公権力の主体の側面という二重の機能を持っているが、官吏の動員は公権力の行使であり、この事件での問題点は、「国家は自身が公権力であるがゆえに有している特別な手段を用いることができるかどうか、そしてどの範囲で用いることができるかである。なぜなら私法上の使用者は自己の被雇用者をストライキ中の職場で働くよう命令できないからである」⁶²⁾。そして、この法律上の根拠を書いているがゆえに、この官吏をストライキ中の職場で働くよう命じることは違法である。

基本法33条5項は「公務に関する法は、職業管理制度の伝統的諸原則を考慮して、これを規律しなければならない」と規定する。この5項は直接妥当する客観法であり、立法者に対する制度保障を含んでいるが、この保障は官吏について、他の憲法上の規定（平等、意見の自由、団結の自由、職業の自由など）を制限することを正当化する一方で、この「伝統的諸原則」が官吏の人的地位に関わっている限りで、官吏にとって基本権と同等の権利を保障していることにもなる⁶³⁾。

この「職業管理制度の伝統的諸原則」には、官吏の義務が含まれている。一般的遵法義務、不偏不党の職務遂行義務、政党政治への中立性（ただし政党への加入は可）、服従義務（違法な指示であっても）、守秘義務、ストライキ禁止、一般的に就業時間中の在席義務などである⁶⁴。とりわけ政治的忠誠義務はすべての官吏に妥当し、官吏に対し、そのすべての行為を通じて、自由で民主的な基本秩序を公然と支持すること、その維持を支持することを義務づける⁶⁵。この「自由で民主的な基本秩序」とは憲法と同義であり、政府のことでない⁶⁶。

この公務員ならでは義務にかかわる事例を紹介する。

これはアフガニスタンの両親を持つ、カブール生まれの女性Aが、1987年からドイツに滞在、1995年に国籍を取得し、1998年に基礎学校・基幹学校の教員の国家試験に合格し、学校勤務任用を申し込んだが、シュトゥットガルト上級学校監督官庁に人的適性の欠如（イスラム教徒であるAが宗教上の理由からスカーフを授業中も着用することをやめることに同意していない）を理由に拒否されたことを争った事件である。連邦憲法裁判所は、スカーフ着用がAのイスラム教徒としての人格的アイデンティティを明らかにするものであり、そのような行為を適性欠如と評価することは、基本法4条1項、2項、33条3項と結びついた33条2項から導出される「あらゆる公務への平等なアクセス」の権利に、法律上十分に明確な根拠無く介入しており、違憲であるとした⁶⁷。この事件には続きがあり、この差戻審である連邦行政裁判所が、上記の連邦憲法裁判所の判断を受けて、Aに対する採用拒否が違法かどうか判断する前に、バーデンビュルテンベルク州議会が学校法を改正し、同法38条2項に「公立学校の教員は、生徒、親、もしくは政治的宗教的世界観的な学校の平穩に対する中立性を危険にさらし、もしくは妨害する、政治的、宗教的、世界観的のほかそれに類する外部への表現を学校において表明することを禁止する」などと規定した。スカーフ着用により学校の平穩に対する危険が具体的ではなく、抽象的危険を防ぐ為にスカーフ着用を禁止する為には、法律上の十分に明確な根拠が欠如している、として連邦憲法裁判所が違憲としたことを、補完してきた、とい

うわけである。連邦行政裁判所はAの訴えを再度棄却した。その際、判断に際して参照されるべき法律の範囲は、Aに対して任用拒否がなされた当時のものではあるが、仮に当時その法律があったならば考慮していたであろうものも差戻審で適用できる、とした。その上で、改正された学校法38条が本件で適用される限りで、この条項は高次の法、とりわけ基本法と両立する、とした。内容的にも十分明確であること、州の立法者は、対立する基本権、すなわち教員、生徒、そして親のあり得る基本権の対立や憲法ランクを付与されている国家の教育任務の対立を規律する権限を持つこと、学校法38条によってなされた規律が対立する基本権的地位の比例原則に適った調整の要請を侵害していないこと、立法者は教員に対する自制と抑制についての一般的な官吏法上の義務を具体化すべきであること、を指摘し、採用拒否を適法とした⁶⁸⁾。

この事例で注目すべき点は、この教師としての「自制と抑制の義務」を具体化する法律が必要であること、その法律が比例原則に適った調整を行っていることが必要であること、である⁶⁹⁾。

4 分析

以上をふまえた上で、大阪市における事例に立ち戻る。

(1) 教研集会について

教研集会の会場として学校の使用を拒否した裁判例は複数あり、最高裁判例も出されている。呉市教員組合事件最高裁判決⁷⁰⁾は、学校施設という、一般公衆の集会の場として設置されていない施設について、組合側に憲法21条（集会の自由）があることを認めていない。逆に、「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理者の裁量にゆだねられているものと解するのが相当」とし、教職員の職員団体が関わる集会であっても管理者が許可する義務は無い、とした上で、「使用を許さないことが学校施設につき管理者が有する裁量

権の逸脱又は濫用であると認められるような場合を除いては、その使用不許可が違法となるものでもない。また、従前、同一目的での使用許可申請を物理的支障のない限り許可してきたという運用があったとしても、そのことから直ちに、従前と異なる取扱いをすることが裁量権の濫用となるものではない。もっとも、従前の許可の運用は、使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認させることがあったり、比例原則ないし平等原則の観点から、裁量権濫用に当たるか否かの判断において考慮すべき要素となったりすることは否定できない」とする。それをふまえ、「本件不許可処分は、校長が、職員会議を開いた上、支障がないとして、いったんは口頭で使用を許可する意思を表示した後に、上記のとおり、右翼団体による妨害行動のおそれが具体的なものではなかったにもかかわらず、市教委が、過去の右翼団体の妨害行動を例に挙げて使用させない方向に指導し、自らも不許可処分をするに至ったというものであり、しかも、その処分は、県教委等の教育委員会と被上告人との緊張関係と対立の激化を背景として行われたものであった」「本件中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想されるとの理由で行われた本件不許可処分は、重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえることができる」と判断している。

このことからすると、大阪市の教研集会の事例は、長年使用を許可されてきた施設の不許可処分の理由が、呉市の事例（教員組合と県教育委員会との対立の激化を背景にした不許可）と同様の背景を持つものであり、不許可の根拠とされた労使関係条例の規定の要件と効果がきわめて不明確なものであることをふまえると、不許可処分は違法であろう。

(2) 組合事務所明渡について

労働組合の事務所の明渡の件については、下級審の事例にて複数あるが、組

合分裂による人数の減少及び営業上の必要性、会社の精算に伴う建物自体の明渡、といった使用者が明渡対象となっている組合に対して中立的な観点を採用している場合には、合法とされているが⁷¹⁾、逆に、明渡後の施設利用が不明確であり、組合の弱体化を狙う意図がある場合には、違法⁷²⁾とされている。

このことからすると、大阪市の組合事務所の件は、前者のような中立的観点から行われていないことが一連の市長の発言などから明らかであり、明渡は違法であろう。

(3) アンケート調査について

これについては小泉良幸教授による憲法19条の観点に基づく別の論文が予定されているので、簡単な記述にとどめる。

アンケート調査については、第三者機関しか結果を見ない、とされているものの、アンケート調査の冒頭に市長のメッセージが添付され、「任意ではなく、市長の業務命令」であることが明記され、正確な回答がなされない場合には、「処分の対象となりえます」とされていることから、このアンケート調査行為が国賠で違法を問える公務員の行為であることは明らかである。公務員といえども、憲法上の権利の主体であるので、憲法と法に違反することはできないが、市長の政策に批判的な意見を持つことが、直ちに、公務員としての義務に反するわけではない。公務員に分限処分、懲戒処分を行う場合には、地方公務員法上に定められた事由による必要がある（地方公務員法37条2項、3項）。地方公務員法に定めが無い事由では分限処分、懲戒処分はできない。確かに地方公務員法29条は懲戒事由を定めており、その2号に「職務上の義務違反」、3号「全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあった場合」を挙げており、服務の一つに、職務遂行にあたっての上司の命令に従う義務、信用失墜行為の禁止を規定している（地方公務員法32、33条）。しかしながら、同時に、①地方公務員法56条にて職員団体の構成員であること等による不利益取り扱いを禁止している、②地方公務員法36条にて政治的行為を規制する際にきめ細かく区別をして

いる、たとえば、政治的団体の役員となることと構成員となることを区別していること（後者は禁止していない）、職員の属する地方公共団体の区域外かどうかの区別をしていること（区域外であれば、選挙に際しての投票の勧誘や、条例で規制されている政治的行為はできることとなっている）、に注意しなければならない。

市長の業務命令は、命令でありさえすれば従う義務は生じるわけでは無い。公務員と市長の関係は、法律上の根拠無く服従義務が生じる特別権力関係では、もはや、ないからである。

注記

- 1) ①大阪市が庁舎内の労組事務所を組合に使わせないとする処分が違法とされた、2014年9月10日大阪地裁判決（団結権侵害）（その前に大阪府中央労働委員会は2月にこの対応を不当労働行為と認定）。②労使関係条例を制定し、それに基づき、市教組主催の教育研究集会に学校を貸さなかった市の処分を違法とした、2014年11月26日大阪地裁判決（団結権侵害）。このほか、③労組への加盟の有無、市職員の政治活動などを記載させる実名でのアンケートを懲戒処分への言及をした上で提出させる行為が、大阪府中央労働委員会で「不当労働行為にあたる」と判断され（この判断を不服として市が裁判所に提訴するための議会の同意得られず確定）、またこのアンケート調査に対する国賠訴訟が提起されている。また、この間制定された条例のうち、憲法的観点から問題があると思われるものとして、上記の労使関係条例の他、「大阪府の施設における国旗の掲揚及び教職員による国歌の斉唱に関する条例」の第4条1項には、「府立学校及び府内の市町村立学校の行事において行われる国歌の斉唱にあっては、教職員は起立により斉唱を行うものとする」と規定されている。ただし、2項に「市町村の教育委員会によるサービスの監督の権限を侵すものではない」とあり、またこの条例自体には違反した場合の懲戒規定などは規定されていない。また、2012年8月1日に施行された、大阪市における「職員の政治的行為の制限に関する条例」では、国家公務員に準じた政治的行為の制限を市職員に課している（同条例4条自体に説明があるのとおり、当初予定していた罰則は見送られたが、懲戒処分を伴う）。
- 2) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）267頁。
- 3) 美濃部達吉（宮沢俊義補訂）『日本国憲法原論』（有斐閣、1952年）129頁以下。
- 4) 芦部・前掲注（2）3頁。
- 5) 芦部・前掲注（2）83-84頁。
- 6) ただし、統治・人権の二巻本である清宮四郎・宮沢俊義の教科書では、この国民の地位

に関する記述は、人権の巻ではなく、統治の巻にあるので、もし、芦部の『憲法学』が統治機構まで発刊されていたならば、清宮と同じく、「統治の機関」の編は「国家の構成員または所属員としての国民」から始まったかもしれない。清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、1979年）121頁。

- 7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）88-89頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）66頁以下など。
- 8) 参照、長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2011年）94頁。
- 9) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905. イエリネク〔芦部信喜他訳〕『一般国家学』（学陽書房、1974年）。
- 10) イエリネク・前掲注（9）329、330、331頁。
- 11) イエリネク・前掲注（9）329、331、338頁。
- 12) イエリネク・前掲注（9）331、335頁。
- 13) イエリネク・前掲注（9）339頁。
- 14) イエリネク・前掲注（9）339頁。
- 15) 美濃部・前掲注（3）135頁。
- 16) 以下は、美濃部・前掲注（3）139-141頁より引用。
- 17) 宮沢・前掲注（7）はしがきの1頁にこの二区分が「成文憲法の伝統に根ざす分け方」と一致する、都述べている。
- 18) 宮沢・前掲注（7）258頁以下。
- 19) 宮沢・前掲注（7）326頁以下。ただし日本国憲法に規定されている国民の義務は「国民の義務のうちで重要なものと言うだけの意味であり、もちろん、国民の義務がそれにつきるものではない」とある。同書326頁。
- 20) 宮沢・前掲注（7）90頁。
- 21) 宮沢・前掲注（7）90頁。
- 22) 芦部・前掲注（7）105-107頁。
- 23) 芦部・前掲注（7）70-71頁。下線部強調原文のまま。
- 24) 芦部・前掲注（7）80頁。
- 25) ここで芦部は伊藤説を基本的には同じ立場を採る、と述べている。伊藤正己は「人権保障規定が裁判規範という観点から重要であることにかんがみて、裁判を通じてどのような実効性を与えられるか、どの制約が合憲かどうかを判断する基準をどう考えるかという見地から類型化を試みしてみる」として、判断基準別の類型を行うのである。伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、1995年）206-207頁。
- 26) 芦部・前掲注（7）80頁。

- 27) 芦部・前掲注（7）104頁。
- 28) 芦部・前掲注（7）102頁。
- 29) 奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）27頁。
- 30) 奥平・前掲注（29）437-438頁。
- 31) 奥平・前掲注（29）439頁。
- 32) 樋口陽一『憲法〔第三版〕』（創文社、2007年）173、176-177頁。271、274頁。
- 33) 樋口・前掲注（32）174頁。
- 34) 樋口・前掲注（32）171頁。引用中下線部強調原文のまま。
- 35) 樋口・前掲注（32）304-305頁。
- 36) 伊藤・前掲注（25）224頁。
- 37) 伊藤・前掲注（25）225-226頁
- 38) ただし、精神的自由権と対立する利益もまた憲法上重要な人権である場合、個別的利益
衡量の必要性があることもある、としている。伊藤・前掲注（25）226頁。
- 39) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- 40) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。
- 41) 最大決平成21年9月30日最高裁判所裁判集民事231号753頁など
- 42) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。
- 43) 最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁。
- 44) 最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1799頁。
- 45) 最大判昭和44年4月23日刑集23巻4号235頁。
- 46) 伊藤・前掲注（25）317頁。
- 47) 芦部・前掲注（2）200頁。
- 48) 泉佐野市の公民館使用不許可事件の最高裁判決は、これが憲法21条の権利制限の問題で
あることから、公民館の利用規定「公の秩序をみだすおそれ」を抽象的危険では足りず、
「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」とし、この事件ではそ
の危険が具体的に予見された、として不許可処分を憲法に反しなかったとした。最判平成7年
3月7日民集49巻3号687頁。
- 49) 新潟公安条例について最高裁は、「これらの行動について公共の安全に対し明らかな差迫
った危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することができる旨
の規定を設けることも、これをもつて直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限する
ことにはならない」と述べている。なおこの事件の被告人はそもそも無許可であったため、
この点で条例違反とされていることから、自身の行為が「明らかに差し迫った危険」がで
あったかどうか争えない。

- 50) 最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁。
- 51) 「風俗を害すべき書籍、図画」が争われた、税関事件の反対意見として、伊藤正己判事、谷口正孝判事、安岡満彦判事、島谷六郎判事が此を主張した。最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。「暴走族」の定義をめぐり、藤田宙靖判事、田原睦夫判事が反対意見を述べている。最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁。
- 52) 広島市暴走族追放条例事件での堀籠幸男判事の補足意見。税関事件では藤崎萬里判事の意見。
- 53) コンラート・ヘッセ〔初宿正典・赤坂幸一訳〕『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）Rn. 10。
- 54) ヘッセ・前掲注（53）Rn. 280。
- 55) ヘッセ・前掲注（53）Rn. 323、326。
- 56) Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Vorb. vor Art. 1 Rn. 39.
- 57) Ulrich Battis, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 10.
- 58) Jarass/Pieroth (Anm. 56), Art. 33 Rn. 40, 46.
- 59) BVerfGE 88, 103ff.
- 60) BVerfGE 88, 103 (114).
- 61) BVerfGE 88, 103 (116).
- 62) BVerfGE 88, 103 (117).
- 63) Jarass/Pieroth (Anm. 56) Art. 33 Rn. 43f. 「職業管理制度の伝統的諸原則」については、Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 353ff.
- 64) Jarass/Pieroth (Anm. 56) Art. 33 Rn. 51; Stern (Anm. 63) S. 380f.
- 65) Jarass/Pieroth (Anm. 56) Art. 33 Rn. 52.
- 66) Jarass/Pieroth (Anm. 56) Art. 33 Rn. 52.
- 67) BVerfGE 108, 282 (294).
- 68) NJW2004, 3581ff.
- 69) Peter Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 33 Rn. 42f.
- 70) 最判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。
- 71) 会社清算を理由とするもので、解雇条件につき組合側と係争中でも明け渡しを可とした事例として、大阪地判平成13年5月30日労働判例814号93頁以下。期限の定めのない使用貸借契約を解除する理由が、組合分裂により、従来の使用貸借契約の地位を引き継いだ組合が、もう一つの組合の人数より少ないこと（50人に対し5名）、営業拡大に伴う建物の狭溢化を理由に、契約解除が正当とされた、福岡高判昭和53年6月27日判例時報921条123頁以下。

Ⅶ 憲法上の義務（西村）

72) 芝浦工業大学がキャンパスの狭溢化を理由に明け渡しを求めたが、明け渡し後の建物利用について特に説明が無く不明確であることから、明け渡しに「正当な理由があるとは言いがたい」とされた東京地判平成16年1月21日判例タイムズ1155号226頁以下。使用貸借契約の終了を理由とする明け渡し^が、企業の側に明け渡し後の建物利用計画が存在せず、組合を会社外に放逐する意図が見えるとして、明け渡し請求を権利濫用とした、東京地昭和45年1月30日判例タイムズ245号257頁以下。