

# 第2編 基本的人権

## 第1章 総論

# 第1 人権の憲法的保障のあり方

## 1. 法規範性・裁判法規範性

### ①プログラム規定

法規範性がなく、単なる国家の努力目標にすぎないもの。

### ②抽象的権利

法規範性はあるが、裁判法規範性はない権利のこと。立法による具体化を待ってはじめて裁判規範となり得る。社会権など。

### ③具体的権利

憲法の規定だけで、立法による具体化を必要とせずに裁判規範になりうるもの。自由権など。

## 2. 制度的保障

個人の人権を直接保障するのではなく、一定の既存の制度そのものについて、その本質的内容を客観的に保障するものを「制度的保障」という。憲法が一定の既存の制度に対して、立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害してはならないという保障を与えている。

→ 答案上では、「制度の核心」が何かを説明する必要がある。

### (1) 具体例

①信教の自由（20条）と政教分離、②学問の自由（23条）と大学の自治、③財産権の保障（29条）と私有財産制度、④地方自治（92条）など。判例は、裁判の公開（82条）も制度として保障されるとする（最大判平成元年3月8日）。

### (2) 効果

①保障の対象は制度それ自体であり、基本権（主観的権利）ではない。②制度的保障に違反する国家の行為は、違憲ではあるが、権利侵害にはならない。③基本権侵害の場合は、裁判所に救済を求めることができるが、制度的保障の侵害の場合は、法律に特別の根拠規定がない限り、是正を求めて裁判所に出訴することはできない（基本権侵害がないから）。

## 第2 人権享有主体性

### 1. 外国人の人権

<論証>

外国人にも人権享有主体性が認められるか。第3章の標題が「国民の権利」となっていることから問題となるが、権利の性質上日本国民のみをその対象としているものと解されるものを除き保障される（性質説）（最大判昭和53年10月4日／マクリーン事件）。

人権の前国家的性質、国際協調主義（98条2項）、人権保障の国際化傾向からである。

\* 問題となっている「権利の性質」に具体的に着目した論述が必要となる。

#### (1) 出入国に関する権利

・入国の権利は国際慣習法上も認められていない（最大判昭和32年6月19日）。

・出国の自由は保障される（最大判昭和32年12月25日）。

・再入国の自由（海外渡航の自由）は保障されない（最判平成4年11月16日／森川キャサリン事件）。

#### ◆最大判昭和53年10月4日（マクリーン事件）

判旨：「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、わ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り、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶ。「しかしながら、前述のように、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、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ものであり、したがって、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…であって、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しゃ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っ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であると推認することは、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ってなんら妨げられるものではない。」

- \* 「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」という部分がポイントである。

議論の前提として、外国人には、「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…在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」という判断をしていることが重要。

入国+在留自体が権利として保障されていない以上、①「外国人に認められている人権の行使かどうか」という問題と、②当該外国人に出入国管理令21条3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」があるかどうかにつき法務大臣が裁量的な判断をすることは、別次元の問題として分離されることになる。

#### <論証>

政治活動の自由は、参政権に係る権利であり、議会制民主主義の下では、権利の性質上原則として日本国民のみに認められるべきものである。しかし、政治的意見の多様性は国政の議論に資するものなので、外国人にもわが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等、外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないとは解されるものを除き、その保障が及ぶと解する。

- \* 「法務大臣の『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の場合についてみれば、右判断に関する前述のYの裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くこと明らかである場合に限り、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となる」。この判断部分は、大臣の裁量権逸脱濫用に関するもので、行政法判例である。

#### (2) 社会権

塩見訴訟判決（最判平成元年3月2日）は、社会権が保障されるかどうかにつき明示的には検討せず、生存権に関して広範な立法裁量があることを前提に、国が「政治的判断」により外国人の社会保障上の処遇を決定できるとした。

- \* 社会権という「権利の性質」から検討する。外国人の人権享有主体性に関する理由のうち、人権の前国家的性質を強調すれば、後国家的な権利である社会権は権利の性質上、保障されないと言うことになる。

#### ◆最判平成元年3月5日（塩見訴訟）

判旨：「国は、特別の条約の存しない限り…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。したがって、法81条1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…」。また、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34年11月1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…憲法25条の規定に違反するものではない」。

「(憲法14条1項の法の下の平等の原則は)合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する種々の事実関係上の差異を理由としてその法的取扱いに差別を設けることは、その差別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない」。「(障害福祉年金の受給資格要件についての)取扱いの差別については、その合理性を否定することができず、憲法14条1項に違反しない」

- \* 塩見訴訟では、憲法25条と14条が争われている。①25条で生存権が保障されているとすれば、外国人を障害福祉年金の支給対象者から除外していることの憲法適合性が問われる。また、②生存権として保障されていないとしても、内国人と外国人とで差別的な取り扱いをしていることの合理性が別途問題になるからである。

(3) 参政権

国会議員の選挙権	保障されない(最判平成5年2月26日)。
国会議員の被選挙権	保障されない(最判平成10年3月13日)
地方議員の選挙権	保障されない。ただし、法律により付与することは許容する(最判平成7年2月28日)。
地方議員の被選挙権	保障されない(「公権力行使等地方公務員」に関して最大判平成17年1月26日)。

◆最判平成7年2月28日

判旨：「憲法第3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。そこで、憲法15条1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1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。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15条1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…」。

「93条2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…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ということとはできない」。「憲法第8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って、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っ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、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。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って、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」。

- \* 「国民主権原理」を理由に、憲法15条の規定は「権利の性質上」外国人には保障されないと判断した。
- \* 法律をもって選挙権・被選挙権を保障することが許されるかどうかについては、①禁止説、②許容説、③要請説の3説がある。本判例は傍論ではあるが、地方議員の選挙権につき「許容説」を採用したと評価されている。

#### (4) 公務就任権

「公権力の行使または国家意思の形成への参画にたずさわる公務員」となるには、日本国籍が必要であり（当然の法理）、外国人にはこのような公務員に就任する権利は保障されない。国民主権原理に反するからである（最大判平成17年1月26日）。

- 「公権力の行使または国家意思の形成への参画にたずさわる公務員」への就任権は法律をもってしても外国人に付与することは許されないが、それ以外の公務員に関しては許容できる（立法政策の問題）。

#### ◆最大判平成17年1月26日（東京都管理職試験事件）

<公権力行使等地方公務員の任用制度と憲法14条1項について>

判旨：「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（以下『公権力行使等地方公務員』という）については、次のように解するのが相当である。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、

住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有する…。それゆえ、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（憲法1条、15条1項参照）に照らし、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」。

「そして、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…」。「そうすると、普通地方公共団体が上記のような管理職の任期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…」。「そして、この理は、特別永住者についても異なるものではない」。

- \* 「公権力行使等地方公務員」は、その職務権限の行使が住民の生活に直接間接に重大なかわりを有する。だとすると、国民主権原理に基づき普通地方公共団体による統治の在り方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であることに鑑みて、権利の性質上、日本国民のみに就任権が保障されている、と言うロジックである。
- \* 「公権力行使等公務員」なる概念については、「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」と定義した。
- \* 憲法14条については、東京都の管理職登用制度における差別的な取り扱いが問題となるので検討されている。
- \* 本判決は、「外国人の公務就任権が憲法上保障されているか」については触れていない。既に東京都の職員として採用されているため、「公務就任権そのもの」の制限が問題となっていないからである。
- \* なお、「王道基礎講座」に、「藤田裁判官の補足意見」、「滝井裁判官の反対意見」、「泉裁判官の反対意見」がある。