

令和 6 年 6 月 27 日現在

機関番号：34415

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2019～2023

課題番号：19K01282

研究課題名（和文）基本権実現の他主体性と多層性 - 基本権保障の態様の多角的研究

研究課題名（英文）Multisubjects und Multilevels of fundamental rights realisation

研究代表者

柴田 堯史（SHIBATA, Takafumi）

追手門学院大学・法学部・講師

研究者番号：30779525

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,400,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、ドイツ公法学を参考として、基本権（人権）実現（具体化・内容形成とも呼ばれる）を検討した。その結果、従来の見解では「基本権の制限」と理解されていたものも、基本権の実現として理解可能であり、こういった基本権の実現は、国家機関である議会、裁判所、行政機関だけではなく、私人といった多様な主体によって担われており、実現の態様も主体に応じて多様であり、これらが多層的な構造であることを検証した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究の学術的意義は、「基本権の制限」と従来捉えられていたものを「基本権の実現」と捉えなおし、実現の態様が主体に応じて多様であり、それぞれのレベルでの「基本権保障」の在り方を包括的に検討し、解明した点である。その際、基本権論においてこれまで十分に位置づけられてこなかった私人による基本権論を検討したことは、本研究の特徴である。また、これらの検討によって、従来分離して語られる傾向にあった統治機構が基本権にどのようにかわるのかを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：This study examined the fundamental rights (human rights) realisation (in German, Konkretisierung or Ausgestaltung der Grundrechte) in comparison with German public law. As a result, our study verified that what was understood as "restriction of fundamental rights" in the traditional view can be understood as the fundamental rights realisation, and that such a realisation is not only carried by state organs such as parliament, courts and administrative bodies, but also by private bodies, and that the mode of realisation is also difference depending on the subject and the realisation of these fundamental rights has a multi-level structure.

Translated with DeepL.com (free version)

研究分野：公法学

キーワード：基本権 内容形成 首尾一貫性 裁判官法 民間法 規整 情報提供活動 基本権ドグマティック

## 1. 研究開始当初の背景

「1. 研究開始当初の背景」および「2. 研究の目的」は、本科研費に応募当初の申請書類を一部訂正・改変し、再録することとする。

従来の憲法学においては、とくにアメリカの憲法訴訟論が盛んに研究され、基本権を保障する中心的で最も重要な主体は、裁判所であると考えられてきた。それに対して、議会、あるいは内閣・行政機関による活動は、人権（基本権）の「制約」と捉えることが一般的であった。その原因には、一方では、ヨーロッパ大陸とアメリカにおける立法権の位置づけの相違、つまり、日本の採用している附随的違憲審査制の母国であるアメリカにおいて、違憲審査制が「投票箱への不信」や「議会不信」に根差したものであるという違憲審査制の発生論的な根拠が、また他方では、第二次世界大戦中の議会法律による人権侵害の経験という根拠が、それぞれ挙げられる。また、後者の根拠も一因となって、人権論と統治機構論は、分離されて研究される傾向が強い。

それに対して、1990年代以降、ドイツの基本権論が本格的に研究されるようになり、議論が積み重ねられてきた。基本権論の総論にあたる基本権ドグマティクについては、三段階審査論、基本権保護義務論、および内容形成論が注目され、この20年で相当な研究が積み重ねられ、高い研究水準を誇っている。これらの研究は、おもに「裁判所による基本権保障」という観点で遂行されており、そこでの基本権保障の主体は特に連邦憲法裁判所であり、ひいては保障のあり方も同裁判所の判決において展開されたものであり、それらを学問的に分析・整理したものである。また、ドイツの基本権の本格的な研究の中で、日本においても議会による基本権実現の重要性が、上述の「内容形成論」の一環として、あるいは「制度形成」として、認められるようになってきている。このように近時では基本権保障のあり方については、従来の中心的な主体である裁判所だけではなく、議会にも議論が拡大している。

他方で、憲法訴訟の実務では従来、例えば「表現の自由」といった基本権の内容を確定し、このような内容に照らして、争われている法令が「制約」となっているかが争われてきた。しかし、最近では基本権が権利として争われると同時に、権利行使の前提である「制度」が争われるものが増えている（国籍法違憲判決、相続分差別違憲判決、夫婦同氏合憲判決など）。

## 2. 研究の目的

以上で説明した理論的、あるいは実務的な背景から生じる本研究の学術的な「問い」は、「基本権は、どの主体によってどのように内容を明確にされ、実際に行使可能にされるのか」である。たしかに、基本権の享有主体である個人は、基本権が「権利」であることから、それらの基本権を行使できると考えられている。しかし実際には、基本権は、憲法の文言からすると非常に広範な内容を含んでおり、その意味内容を確定し、具体化する必要がある。また、このような意味内容の確定と具体化と同時に、基本権を行使するための前提としての、あるいは条件を設定する「制度」も必要である。このような「内容の確定」や「制度の形成」を、第一次的には議会が、立法、つまり法律の形式で行い、最終的には（最高）裁判所が合憲/違憲の判断を行う中で最も具体的に表現する。しかし、議会と裁判所の間には、法律に拘束されつつ、法律を具体化し、執行する内閣・行政機関、さらには議会が設定した制度の中で基本権/権利を行使する私人がいる。これらの内閣・行政機関や私人も、基本権の内容を確定し、具体化しているのではないだろうか、また同時に「制度」を形成しているのではないだろうか。このように考えると、「基本権実現には、多種多様な主体が参加し、またこれらの主体の違いに応じて、多種多様なレベルがあるのではないだろうか。」つまり、「基本権実現の多主体性と多層性」を明らかにし、それを具体的に位置づけるのが本研究の学術的な問いである。

以上のように、基本権実現は、従来考えられてきた裁判所だけではなく、議会、内閣・行政機関といった国家機関、ひいては私人までも主体として関与する非常に広範なプロセスである。ただ、このようなプロセスにおいて、これらの主体が同じ態様で基本権を実現しているわけではない。国家機関についてさえ、基本権実現の態様が異なる。つまり、議会は、憲法を直接的に執行していると考えられており、憲法で規定された基本権を第一次的に実現し、そのために広い裁量を持っている。それに対して、内閣・行政機関は、議会の制定した法律の範囲内で、つまり法律を具体化する中で、基本権を実現する。最後に、裁判所は、訴訟が提起され、基本権が問題となれば、その訴訟の中で基本権を実現する。他方で、私人は、法律の制度内で、日々の契約や訴訟の中で基本権を実現している。このような基本権実現のプロセスをそれぞれの主体とレベルに応じて、いずれの主体による基本権に関わる活動もいずれのレベルも「基本権保障」という積極的な観点から再構成することが、本研究の目的である。

### 3. 研究の方法

本研究は、共同研究として研究分担者(丸山敦裕教授[関西学院大学]、高田倫子准教授[大阪公立大学]、篠原永明准教授[甲南大学]、原島啓之助教[大阪大学])とともに、研究代表者と研究分担者それぞれに課題を割り当て、その課題の検討を中心に検討を進めた。研究にあたっては、主としてドイツ公法学との比較において遂行した。そのため、日本における研究協力者として、ドイツ公法学に精通している毛利透教授(京都大学)と高田篤教授(追手門学院大)に助言を仰ぐとともに、ドイツ・ハンブルクにあるブツェリウス・ロースクルのクリスティアン・ブムケ教授にドイツ人研究者として研究協力者を依頼した。また、同教授を日本に招聘し、意見交換の機会をもつことで、本研究の内容的な質を担保することとした。また、関連するテーマに基づくブムケ教授の講演会を開催することで、本研究の発展性を確認することとした。

### 4. 研究成果

本研究は2019年に採択されたが、翌年の2020年1月から世界的に拡大した新型コロナウイルス感染症、および2022年2月に始まったロシアによるウクライナ侵略により、本研究の申請段階で計画していた研究代表者と研究分担者によるドイツにおける文献収集および研究者に対する意見聴取ができなかったことを、あらかじめお断りしておく。

#### (1)学術的成果の内容

本研究は、基本権の実現をめぐる総論的研究と各論的研究を行った。それぞれの学術的成果の内容について、以下で説明する。

##### 【 総論的研究の成果】

「基本権の実現」をめぐる議論において、日本において、これまではドイツ公法学における「基本権の内容形成(Ausgestaltung der Grundrechte)」を参照して、議論が進められてきた。そのため、本研究においても、その位置づけが重要となり、出発点となる。ドイツにおける議論では、この内容形成論を基本権ドグマティックに積極的に位置づけ、その意義を強調する議論がある一方で、内容形成論に二次的意義しか認めず、基本権の古典的な機能である「防御権」によって多くの問題が検討できるとする立場もあり(協力者のブムケ教授はこの立場に与する)、見解は定まっていない。しかし、いずれにせよ、契約の自由のように、立法者が法律で定めなければならない場合があるのは確かである。とくにこういった場合に、立法者は、基本権に拘束されつつも、基本権の内容を切り出していくことになる。つまり、基本権を内容形成するにあたって、基本権からどのような基準が導き出させ、それらの基準に定位しながら、どのように立法者が基本権の内容を切り出していくのか。とくに法律によって基本権を内容形成する立法者を基本権で拘束するという発想がドイツ公法学に見られる。この点を明確にしたことが、総論的な研究の成果の一つである。

また、同時に、戦後の基本権ドグマティックの展開を検討することで、内容形成論がその展開においてどのように位置づけられ得るのかも検討した。

##### 各論的研究の成果

各論的研究において、基本権の実現の主体ごとの検討を行った。具体的には、議会、裁判所、行政、私人がどのように基本権を実現しているのか、をめぐって検討した。

総論的研究の成果において説明したように、議会が基本権の内容形成を行うにあたって、どのように基本権で拘束するのか、また、どのように基本権を実現すべきか、が問題となる。そこで、前者の問題については比例原則が、後者の問題については首尾一貫性の原則が、対応策として考えられるため、検討した。その結果、このようなアプローチによって、立法者は、基本権に拘束されつつも、立法裁量を維持することができると同時に、法律相互、ひいては法体系の整合性をはかる、という実務的な結論の可能性が示唆された。

かねてから指摘されているように、裁判所も裁判活動の中で法規範を生み出す。こういった法規範によって基本権が実現されることがある。しかし、裁判所も基本権に拘束される必要はあるが、議会や行政のような政治機関と同等の拘束であるべきか、が問われている。近時のドイツにおいては、この点が議論されていたことが明らかになり、とくに民主的正統性論による裁判所の正統化の緩和が指摘される。他方で、このことを巡って、近年、ドイツでは、憲法秩序の形成の担い手を裁判所とするか、立法者とするか、重点の置き方で相違が生じ、議論があることも明らかになった。

従来、行政の活動は、市民の権利制限の側面を中心に検討されてきた。しかし、本研究では、行政の活動も基本権の実現に寄与することを出発点とした。このことから出発すると、行政の活動形式が多岐にわたっているため、基本権の実現もそれに応じることになる。行政処分においても、法律を具体化する命令や規則においても、さらには事実行為においても、基本権は実現されることになる。活動形式の多様さだけでなく、活動分野も多岐にわたっ

ていることから、かかわる基本権もさまざまである。そういった行政がかかわる基本権から、中心となる指導原理を取り出し、行政も基本権に拘束されながら、基本権を実現することになる。このことを、情報提供活動と金融市場の規整を具体例に検討した。

最後に私人である。本研究の特徴の一つは、基本権の実現の担い手に私人を検討していることである。従来では、私人は、権利主体、ひいては憲法訴訟の提起として位置づけられてきた。しかし、私人も、契約を締結する中で、基本権を実現する可能性がある。近年のドイツでは、私人を基本権の実現に取り入れようとする議論があることが明確になった。

### (2)研究成果の学界・社会への還元

2023年9月8日に、ブムケ教授の「ドイツ国法学における憲法理論と憲法ドグマティックの関係(Die Beziehungen zwischen Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre)」と題する講演会を追手門学院大学総持寺キャンパスで開催し、一般に公開した。このことによって、本研究の成果の一部を社会に還元した。

### (3)公表業績

上記のように、新型コロナウイルス感染症の感染拡大によって、研究代表者と研究分担者がドイツに渡航できず、また予定通りにドイツ人研究者を招聘できなかったため、当初から計画していた日本とドイツでの学术交流が非常に困難であった。そのような条件下で学术交流の可能性を模索し、本研究における研究協力者であったクリスティアン・ブムケ教授がこれまでに公表し、本研究に密接にかかわるテーマに関する重要な著書および論文を翻訳することとした。その成果として、クリスティアン・ブムケ(著)/柴田堯史(編訳)『憲法・行政法研究』(風行社、2024年)として公刊した。

2024年に学术交流が可能となり、ブムケ教授を招聘し、開催した上記の講演会の原稿の翻訳を、クリスティアン・ブムケ(磯村 晃/宇多 鼓次朗[訳])『ドイツ国法学における憲法理論と憲法ドグマティックの関係』として、『追手門法学 創刊号』(2024年)206-218頁として公表した。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計14件（うち査読付論文 1件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 原島啓之	4. 巻 72巻1号
2. 論文標題 司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（二・完） ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 阪大法学	6. 最初と最後の頁 125 - 176
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） 10.18910/88270	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 篠原永明	4. 巻 2533号
2. 論文標題 憲法24条の『婚姻』の意義と同性婚	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 判例時報	6. 最初と最後の頁 106-116
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 篠原永明	4. 巻 1583号
2. 論文標題 在外邦人の最高裁裁判官国民審査権	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 ジュリスト	6. 最初と最後の頁 16-17
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 高田倫子	4. 巻 69巻2号
2. 論文標題 行政訴訟における事実認定の審査とその限界（2・完）	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学雑誌	6. 最初と最後の頁 248-266
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 高田倫子	4. 巻 45巻
2. 論文標題 制裁的公表に対する権利保護	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 行政法研究	6. 最初と最後の頁 141-158
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 柴田堯史	4. 巻 806
2. 論文標題 憲法へようこそ 【第4回】 鯉が..... : 損失補償・財産権	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 66-72
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 柴田堯史	4. 巻 803
2. 論文標題 生殖補助医療における自己決定権	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 114
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 丸山敦裕	4. 巻 憲法No. 196
2. 論文標題 難民不認定処分を受けた不法滞在者の強制送還が違憲とされた事例	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 新・判例解説Watch (Web版)	6. 最初と最後の頁 -
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている (また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 篠原永明	4. 巻 799
2. 論文標題 夫婦同氏制と憲法24条	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 45-52
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 篠原永明	4. 巻 1173
2. 論文標題 消費者法におけるデュアルエンフォースメントとダブルトラック	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 110-116
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 高田 倫子	4. 巻 68巻
2. 論文標題 行政訴訟における事実認定の審査とその限界(1)	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学雑誌(大阪市立大学)	6. 最初と最後の頁 324 - 347
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 柴田堯史	4. 巻 784
2. 論文標題 選挙供託金違憲訴訟	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 120
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 柴田堯史	4. 巻 791
2. 論文標題 ツイッター投稿削除請求事件	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 118
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 柴田堯史	4. 巻 95
2. 論文標題 調査委員会へのNASのセクター・リストの連邦政府による提出拒否 [ 連邦憲法裁判所第二法廷2016.10.13 決定 ]	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 自治研究	6. 最初と最後の頁 132-140
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計8件 (うち招待講演 7件 / うち国際学会 3件)

1. 発表者名 原島啓之
2. 発表標題 ドイツにおける憲法適合的解釈の限界と明確性要請
3. 学会等名 2022年度第2回北陸公法判例研究会 (招待講演)
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 原島啓之
2. 発表標題 ドイツ専門裁判所による具体的規範統制の不作為と『法律上の裁判官』の保障
3. 学会等名 2022年度大阪公法研究会
4. 発表年 2022年



1. 発表者名 Michiko TAKATA
2. 発表標題 Funktion der Dogmatik im gesellschaftlichen und politischen Wandel. Zugleich ein Kommentar zum Vortrag Christoph Moellers "Dogmatik im Schatten des Bundesverfassungsgerichts"
3. 学会等名 Das "dreieckige " Symposium (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2023年

1. 発表者名 Michiko TAKATA
2. 発表標題 Corona Pandemie und Verfassungsrecht. Zur Problematik der behoedlichen Veroeffentlichung von Regelverstoessen als Sanktion
3. 学会等名 5. Konferenz deutschsprachiger Juristen Ostasien (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 Michiko TAKATA
2. 発表標題 Grundrechtsrelevanz des Informationshandelns der Verwaltung im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie-Bekaempfung
3. 学会等名 Online-Symposium zum 160. Jubilaem der deutsch-japanischen Beziehungen "Corona-Pandemie und Verfassungsprobleme" (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 高田倫子
2. 発表標題 行政訴訟における事実認定の審査とその限界 ドイツにおける判例・学説の展開
3. 学会等名 関西行政法研究会 (招待講演)
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 高田倫子
2. 発表標題 新型コロナウイルス感染症対策における行政上の公表とその課題
3. 学会等名 日本フンボルト協会主催法学シンポジウム「コロナと人権」(招待講演)
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 Michiko Takata
2. 発表標題 Neuere Entwicklungen der japanischen Rechtsprechung zum Verwaltungsermessen. Kritische Ueberlegungen zum "fachlich-technischen Ermessen"
3. 学会等名 Summer School Universitaet Augsburg "Einfuehrung in das japanische Recht" (招待講演)
4. 発表年 2019年

〔図書〕 計3件

1. 著者名 丸山敦裕(木下昌彦[編])	4. 発行年 2021年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 430
3. 書名 第11章 裁判を受ける権利 『精読憲法判例 [統治編]』	

1. 著者名 篠原永明	4. 発行年 2021年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 310
3. 書名 秩序形成の基本権論	

1. 著者名 クリスティアン・ブムケ	4. 発行年 2024年
2. 出版社 風行社	5. 総ページ数 420
3. 書名 憲法・行政法研究	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究分担者	丸山 敦裕 (MARUYAMA Atsuhiro) (00448820)	関西学院大学・司法研究科・教授  (34504)	
研究分担者	篠原 永明 (SHINOHARA Noriaki) (70734648)	甲南大学・法学部・准教授  (34506)	
研究分担者	高田 倫子 (TAKATA Michiko) (80721042)	大阪公立大学・大学院法学研究科・准教授  (24405)	
研究分担者	原島 啓之 (HARASHIMA Takayuki) (30883508)	関西大学・法学部・助教  (34416)	

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	毛利 透 (MORI Toru)	京都大学・法学研究科・教授	

6. 研究組織（つづき）

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
研究協力者	高田 篤  (TAKADA Atsushi)	追手門学院大学・法学部・教授	
研究協力者	ブムケ クリスティアン  (BUMKE Christian)	ブツェリウス・ロースクール・教授	

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関