

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年 5月30日現在

機関番号：11301

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2008～2011

課題番号：20730013

研究課題名（和文） 私人間における人権保障の現代的再検討

研究課題名（英文） The Scope of Constitutional Rights

研究代表者

中林 暁生（NAKABAYASHI AKIO）

東北大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：70312535

研究成果の概要（和文）：本研究の問題意識は、「規制と給付の二分論」を「人権総論」の中に組み込んだとき、従来人権総論の名の下で論じられてきた“私人間における人権保障”という論点がいかなる変容を遂げるのか、というものである。このような問題意識から、本研究は、アメリカ合衆国において「規制と給付の二分論」が克服されていく過程についての研究、「ステイト・アクション」論及び「パブリック・フォーラム」論の研究を行った。

研究成果の概要（英文）：This study analyzed the public forum doctrine and the state action doctrine in order to rethink the scope of constitutional rights.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	700,000	210,000	910,000
2009年度	600,000	180,000	780,000
2010年度	600,000	180,000	780,000
2011年度	600,000	180,000	780,000
年度			
総計	2,500,000	750,000	3,250,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：憲法，人権，アメリカ憲法

1. 研究開始当初の背景

日本の憲法学において、“私人間における人権保障”の問題は、古くて新しい問題である。近年も、「基本権保護義務論」、「新無適用説」などが唱えられ、また、アメリカ合衆国における「ステイト・アクション」論についての優れた研究成果も数多く出されている。そうした中で、研究代表者が本研究に着手したのは、次のような問題意識による。

研究代表者は、これまで、アメリカ憲法学における「規制と給付の二分論」を日本の憲法学に導入することを模索してきた。「規制と給付の二分論」とは、刑事制裁に代表され

る政府の規制的作用と、補助金等種々の利益を付与する政府の給付的作用との違いを自覚的に論じようとする考え方のことをいう。近代憲法の自由権保障の主眼は、規制主体としての政府からの自由を確保することであった。しかしながら、現代積極国家化の進展に伴い、私人は政府の行う給付的作用に依存するようになり、その結果、政府は、種々の利益供与を通じて、私人の権利行使に対して影響力を及ぼすことが可能となってきた。そのような政府の給付的作用をいかにコントロールするかは、現代積極国家の下で人権論が取り組むべき課題である。研究代表者は、そのような課題に取り組むためにも、日本の

憲法学に「規制と給付の二分論」を導入する必要があると考えてきた。そして、将来的に「規制と給付の二分論」を「人権総論」の中に組み込むことを目指して、研究代表者は、これまで、「違憲な条件」の法理、「表現の自由」論の研究、「パブリック・フォーラム」論、「政府の言論」の法理、「アファーマティブ・アクション」の研究を行ってきた。これらの研究を遂行してきた結果、「規制と給付の二分論」を、日本国憲法の人権総論の中に組み込むことは十分に可能であると考えているに至った。近年、多くの研究者が「規制と給付の二分論」に係る研究に取り組んでおり、優れた研究成果が多く出されているが、「規制と給付の二分論」を人権総論の中に組み込むための研究は、まだ十分になされているとはいえない状況にある。そこで、研究代表者は、従来人権総論の名の下で論じられてきた各種論点が、「規制と給付の二分論」を組み込むことにより、いかなる変容を遂げるのかという問題意識を抱くようになった。そこで、人権総論の再構築を目指す研究の一つとして、本研究に着手することにした。

2. 研究の目的

アメリカ憲法学において、「規制と給付の二分論」は、給付を行う政府を「私人」と同様に扱うことで、憲法が保障する権利による制限を緩めようとする考え方や結びつくことがある。このような考え方を接続点とすることで、「私人間における人権保障」をめぐる問題を、「規制と給付の二分論」の問題に接続させていくことが可能になる。

本研究の短期的な目的は、アメリカ憲法学を素材としつつ、「私人間における人権保障」についての再検討を行うことであるが、長期的な目的は、「規制と給付の二分論」を日本の人権総論に組み込んだ、「現代積極国家における人権総論」の再構築を行うことである。

3. 研究の方法

本研究では、私人間における表現の自由の保障についての研究を中心に行うことにした。アメリカ憲法学において、「表現の自由」論には、特別な意味が付与されてきたのであり、日本の憲法学も、その点に対して特に大きな関心を抱いてきた。私人間における表現の自由の問題について研究することにより、私人間において人権を保障することの意味を、抽象的な次元ではなく、具体的な次元で捉えることが可能になる。表現の自由以外の権利については、表現の自由ほどに十分な理

論的展開があるわけではないが、表現の自由との理論的異同を検討することで、人権各論も視野に入れた「人権総論」の再構築が可能になる。

本研究は、まず、(1)「規制と給付の二分論」の研究と(2)私人間における人権保障の研究を行った。

(1)については、「規制と給付の二分論」が克服されていく過程の研究として、「パブリック・フォーラム」論の研究と「違憲な条件」の法理についての研究を、国内外から資料を収集しながら行った。そして、重要な判例については、連邦議会図書館に赴き、資料収集を行った。

(2)については、まず、「ステイト・アクション」論についての研究を、国内外から資料を収集しながら行い、さらに、日本の憲法学における人権の私人間効力について研究も、資料を収集しながら行った。そして、重要な判例については、連邦議会図書館に赴き、資料収集を行った。

研究を進めていく過程で、後述のように、「パブリック・フォーラム」論の研究をより一層深化させることの必要性を強く感じ、(1)の研究から(3)「パブリック・フォーラム」論の研究を独立させ、その研究を、国内外から資料を収集しながら、行った。そして、重要な判例については、連邦議会図書館に赴き、資料収集を行った。

さらに、(1)~(3)の研究成果を日本の人権論へと架橋するために、(4)本研究と関連する日本の判例・裁判例についての研究を、資料を収集しながら行った。

4. 研究成果

本研究では、4つの研究((1)「規制と給付の二分論」の研究、(2)私人間における人権保障の研究、(3)「パブリック・フォーラム」論の研究、(4)関連する日本の判例・裁判例の研究)を、相互の連関を意識しながら、行ってきた。したがって、研究成果としての後掲の発表論文等も、(1)~(4)の研究を総合した本研究の成果全体の一部を成すものである。とはいえ、各発表論文等には、個別研究と密接に結びついている側面もあるので、以下では、それらを、便宜上、個別研究の成果という形で記すことにする。

本研究は、「規制と給付の二分論」を組み込んだ、「現代積極国家における人権総論」の再構築をも目指している。それゆえ、本研

究において中心的な地位を占めるのは、(1)の研究である。雑誌論文⑥と図書①は、「規制と給付の二分論」が克服されていく過程を、「違憲な条件」の法理と「パブリック・フォーラム」論の展開と関連づけながら解明した研究成果の一部である。

ところで、「規制と給付の二分論」は、給付を行う政府を「私人」と同様に扱うことで、憲法上の権利による制限を緩めようとする考え方と結びつくことがあるが（雇用者としての政府・所有者としての政府）、「パブリック・フォーラム」論の展開は、政府を私人に擬する考え方（所有者としての政府）が克服されていく過程でもあり、その研究は、研究代表者がこれまで行ってきた研究と、本研究との接続点を成すものである。また、「規制と給付の二分論」の日本の憲法学への移植を念頭に置きながら、雑誌論文②を執筆した。

本研究を進めていく過程で、集会を目的とした民間のホテルの宴会場等の使用が問題となった事件（いわゆるプリンスホテル事件）の1審判決（東京地判2009年7月28日判時2107号116頁）が下された。そこで、この事件の研究を行ったが、その際に、私人間における表現の自由・集会の自由の問題について検討するための理論枠組みを構築するためには、「パブリック・フォーラム」論そのものの研究を独立して行う必要があると考えた。研究代表者がそのように考えた理由として、次の2つの理由を挙げることができる。

- ① 1938年に、ニュージャージー州最高裁判所は、Thomas判決（Thomas v. Casey, 121 N.J.L. 185, 1 A.2d 866 (N.J. 1938)）において、人は、招待もなく他人の家に入る権利がないのと同様に、公道や公園において許可なく演説する権利を有してはいないと判示していた。他方、翌1939年、合衆国最高裁判所が下したHague判決（Hague v. Committee for Industrial Organization, 307 U.S.）において、ロバーツ裁判官は、「道路や公園の権原の所在がどこであれ、それらは、記憶もないほど太古から、公衆の使用のために信託され、大昔から、集会、市民間の思想伝達、公的問題についての討議を目的として使用されてきたのである」と述べていた。今日では、道路や公園は「パブリック・フォーラム」の代表的なものとして理解されているが、少なくとも20世紀初頭には、そのような理解は決して自明のことではなく、道路や公園を所有している政府を、私人に擬する考え方も有力に存在していたのである（所有者としての政府）。そこで、この点を

研究することが、私人間における表現の自由・集会の自由の問題について検討するための理論枠組みを構築していく際に有用であると考えられた。

- ② 伊藤正己裁判官は、1984年のある最高裁判決（最3小判1984年12月18日刑集38巻12号3026頁）の補足意見の中で、彼の「パブリック・フォーラム」論を展開したが、その際に、彼は、「道路のような公共用物と、一般公衆が自由に出入りすることのできる場所とはいえ、私的な所有権、管理権に服するところとは、性質に差異があり、同一に論ずることはできない」としつつも、「後者にあっても、パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときには、表現の自由の保障を無視することができないのであり、その場合には、それぞれの具体的な状況に応じて、表現の自由と所有権、管理権とをどのように調整するかを判断すべきこととなり、前述の較量の結果、表現行為を規制することが表現の自由の保障に照らして是認できないとされる場合がありうるのである」と述べていた。伊藤裁判官自身も認めているとおり、彼の「パブリック・フォーラム」論は、合衆国最高裁判所の判例において展開してきた「パブリック・フォーラム」論と同一ではないが、所有者としての政府を私有地の所有者（私人）に擬するところから「パブリック・フォーラム」論が展開してきたことを踏まえれば、私有地であっても「パブリック・フォーラムたる性質」を帯有しうるとした伊藤補足意見は、私人間における表現の自由・集会の自由の問題を検討するための理論枠組みを構築していく上で、非常に示唆的であると考えられた。

概ね以上2つの理由から、本研究では、(3)の研究にも着手した。

一般に、「パブリック・フォーラム」論については、伝統的パブリック・フォーラム、指定的パブリック・フォーラム、非パブリック・フォーラムという分類が広く知られている。本研究は、まず、道路や公園などの伝統的パブリック・フォーラムについての研究が特に重要であると考え、その研究を行った。その研究成果が、雑誌論文③と⑤である。続いて、指定的パブリック・フォーラムについての研究も行った。その研究成果の一部が雑誌論文①である。

雑誌論文④は、内容的には(3)の研究成果ということになるが、実際は、(2)の「ステイト・アクション」論の研究の一環として、Amtrak（全米鉄道旅客公社）が憲法上の権

利の制約に服するか否かが問題となった1995年のLebron判決（Lebron v. National Railroad Passenger Corporation, 513 U.S. 374 (1995)）を研究している中で発見した問題について執筆したものである。

なお、本研究の直接の研究成果といえるものではないが、中林暁生「判例を読む」『法学教室』343号（2009年）22～28頁と憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法』（信山社，2012年）において研究代表者が執筆した108～133頁のうち112～121頁及び123～133頁には、(4)の研究成果が反映されている。

5. 主な発表論文等

[雑誌論文] (計6件)

- ① 中林暁生，集会と表現，法学セミナー，査読無し，684号，2012年，76-82頁
- ② 中林暁生，権利と特権，法学セミナー，査読無し，683号，2011年，72-76頁
- ③ 中林暁生，表現する場を提供する国家，ジュリスト，査読無し，1422号，2011年，94-98頁
- ④ 中林暁生，「政府の言論の法理」と「パブリック・フォーラムの法理」との関係についての覚書，季刊企業と法創造，査読無し，27号，2011年，88-92頁
- ⑤ 中林暁生，伝統的パブリック・フォーラム，法学，査読無し，73巻6号，2010年，188-208頁
- ⑥ 中林暁生，違憲な条件の法理の展開(一)，法学，査読無し，73巻4号，2009年，1-29頁

[学会発表] (計0件)

[図書] (計1件)

- ① 中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由 I——状況へ』，尚学社，2011年，197-220頁

6. 研究組織

(1)研究代表者

中林 暁生 (NAKABAYASHI AKIO)

東北大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号：70312535

(2)研究分担者

なし

(3)連携研究者

なし