

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 26 日現在

機関番号：12604

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24730016

研究課題名(和文)基本権の三段階審査における「介入」概念の解明

研究課題名(英文)Clarifying the concept of "Eingriff" in german constitutional theory

研究代表者

齋藤 一久 (SAITO, KAZUHISA)

東京学芸大学・教育学部・准教授

研究者番号：50360201

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,800,000円

研究成果の概要(和文)：ドイツの基本権の三段階審査が日本にも定着したが、介入(Eingriff)概念については日本とドイツでは理解にズレが存在している。最高裁では類似の概念として間接的制約を用いているが、体系化の意識を持って用いられているわけではないこともあり、その限界及び射程は十分に明らかであるとは言い難く、また直接的制約の隠れ蓑として使われていると言わざるを得ない。間接的制約については、ドイツのように、規範の名宛人に向けられた負担的な効果が第三者に及ぶ場合に限定して用いるべきである。さらに国家による制御手法が多様化する中で、一見、見え難い国家の非権力的手法による制約を「発見する」機能も存在すると考えられる。

研究成果の概要(英文)：The three steps scrutiny in German constitutional theory is introduced to Japan and established to some extent. However, there is a gap of understanding the concept "Eingriff" between Japan and Germany. As a similar concept, indirect or incidental restriction is adopted in judgements of the Supreme Court of Japan. But its scope is not fully clarified, because the Court is not aiming at its systematization. It looks like a cover for direct restriction. Like Germany, Indirect restriction should be used only when burdensome effects against addressee of legal norm influence a third party. The "Eingriff" involves a function of detecting restrictions, which are prima facie difficult to find in various means of control by the modern state.

研究分野：公法学

キーワード：基本権 人権 違憲審査基準 介入 間接的制約

1. 研究開始当初の背景

違憲審査基準における三段階審査論は、数年前までドイツ憲法研究者のジャーゴンに過ぎなかったが、今や法科大学院生が知っておくべき重要語句、また論証作法となるまでに至った。現在、1960年代から憲法学において重要な位置を占めてきたアメリカの違憲審査基準論が凌駕されつつあるのが現状であろう。

三段階審査論は「保護領域 - 制限 - 正当化」の段階に分かれるが、アメリカの違憲審査基準論と比較して、制限(原語では Eingriff. 以下では「介入」と称する)の段階が新しく加えられることになる。日本の最高裁判例においても保護領域及び正当化という段階は、その表現は別として、当然のように審査されているが、介入については未知、ないし無意識的に判断されているに過ぎない。それゆえ、本研究ではこのような介入概念を日本国憲法解釈により正確に位置づけることをその目的とし、加えてその応用可能性を探った。

2. 研究の目的

本研究は、以下の3点を中心に行った。

(1) 三段階審査における介入概念の位置づけ

(2) 日本国憲法解釈における介入概念の体系化

(3) 介入概念の新しい機能

まず(1)については、とりわけ日本におけるドイツ憲法研究者以外の三段階審査論に関する認識と、ドイツのオリジナルの審査論とのズレを整理した。従来からアメリカのオリジナルの違憲審査基準と日本のそれとのズレが多々、指摘されて来たところであるが、本研究では同じようなフレームワークにより、ズレを明らかにし、その中でもとりわけ介入概念に焦点を当てた。

その上で(2)において、日本における介入概念の体系化を試みた。すでに述べたように三段階審査論の具体的な導入は日本でも議論されているが、介入についての説明は未だ十分とは言えず、法科大学院生も含め、容易には理解し難い概念となってしまう。このままでは従来の違憲審査基準における目的審査のように、ほぼスルーされてしまうような審査に堕してしまう可能性があり、その点に留意した上で当該概念を最高裁判例を踏まえ、日本国憲法解釈上に位置づけた。

さらに(3)について、ドイツでは介入概念の拡大が議論されており、連邦憲法裁判所の判例における拡大傾向を背景に、「間接的介入」(mittelbare Eingriff)という概念も登場し、今や学生用の教科書レベル(たとえば日本の三段階審査論でよく引用されるボードー・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク教授の『基本権』やマインツ大学教授のフリードヘルム・フーフエンの手になる『基本権』等)でも当該用語による体系的な整理がなされている。そこでこのような介入概

念の拡大傾向を分析し、類似の概念との関係を整理した。

3. 研究の方法

研究の方法としては、主としてドイツおよび日本の憲法学に関する文献研究・判例研究が中心となった。

また2014年8月にゲーテ大学フランクフルト・アム・マイン法学部公法研究所(受入:ウテ・ザクソフスキー教授)にて研究を行った。その際に資料を収集するとともに、同大学のザクソフスキー教授、ゲオルグ・ヘルメス教授、モーリッツ・ベルツ教授らと意見交換を行った。

4. 研究成果

まず(1)については、ドイツ国内での批判等も踏まえながら、日本とドイツ双方の介入概念を整理し、比較検討を行った。またドイツにおける第一段階と第二段階の相対化、すなわち保護領域と介入の相対化の問題についても、並行して検討した。

その結果、日本の憲法学における介入概念の捉え方については、因果関係に吸収されるとするもの、不必要であるとするものなど、様々展開しているが、ドイツにおける介入概念とのズレがやはりあり、全体像を捉えきれない点があると言わざるを得ないとの結論に至った。

また(2)については、まず原語の Eingriff の訳語をめぐる議論から整理し、このような概念自体がそもそも不必要であるという説についても含めて、比較検討した。加えて日本における類似の概念について、最高裁が、東京都立学校の教職員への国旗・国歌強制をめぐる訴訟判決(最判平成23年5月30日等)で、間接的制約という概念を用いている点について、ドイツの間接的制約との比較分析を行った。

暫定的な結論としては、最高裁が用いている間接的制約の概念は、直接的制約の隠れ蓑としての使い方と言わざるを得ず、ドイツのように、規範の名宛人に向けられた負担的な効果が第三者に及ぶ場合に限定して用いるべきであるとした。なお当該研究成果については、第42回の日本教育法学会(埼玉大学)の自由研究報告にて報告を行い、同学会の紀要に掲載した。

この他、最高裁判決において、自由の制約にあたり、間接的・付随的制約という概念が用いられることがある。典型的には公務員の政治活動が問題となった猿払事件(最判昭和49年11月6日)、またオウム真理教解散命令事件(最判平成8年1月30日)などにおいても見られる。加えて市議会議員政治倫理条例における2親等規制の合憲性が争われた最高裁判決(最判平成26年5月27日)において、原判決の広島高裁判決では、請負契約の辞退届を提出する努力義務、警告や辞職勧告、市報への審査結果公表によつ

て、議員の地位を失わせるような強制力はなくとも、議員活動の自由の制約はあるとして、間接的制約による基本権侵害を論じていたが、最高裁では「事実上の制約が生ずることがあり得る」に過ぎないとしている。

以上のような間接的制約の概念について、どのように体系付けるかについては、最高裁において体系化の意識を持って用いられているわけではないこともあり、その限界及び射程は十分に明らかであるとは言い難い。ただし、直接的制約と比較して、基本権の審査密度を引き下げるための論証として利用されている点是否定できないであろう。

さらに「間接的」、「事実的」という文言を用いてはいないが、間接的制約と同様の制約を議論している判例についても、その射程を広げて考察した。たとえば、いわゆる届出制は、集会やデモ行進の自由に対する制約としては、許可制よりも制約の度合いが低く、最小限度の制約であると捉えられてきたが、インターネット上、とりわけ表現の自由の観点からは、必ずしもそうではない可能性も十分あり得え、このような従来の制約の捉え方については改めて再考する余地があると考えている。とりわけ出会い系サイト規正法について、最高裁（最判平成26年1月16日）は届出制を正当な立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものとして緩やかな審査をしているが、表現内容の規制であることからして、届出制が有する委縮効果なども考慮すれば、違憲の疑いが強い。従来、最小限度の制約とされた来た領域の制限についても、間接的制約概念から、その制限性について炙り出すことも必要ではないかと考えている。

(3)については、憲法学にもその応用可能性が模索されているアーキテクチャ論など、間接的制約概念と類似の発想を有する概念との比較を通じて、間接的制約の発展形態について、その応用可能性を探った。この点、とりわけドイツにおいて介入概念は正当化が必要かどうかを見極める基準として論じられているが、日本国憲法の議論としては介入概念を通じて、国家による制御手法が多様化する中で、一見、見え難い国家の非権力的手法による制約を「発見する」機能も存在するのではないかといった問題提起を行った。ただし、解釈論としての発展については、引き続き検討が必要であると考えている。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計14件)

1. 齋藤一久、戦後70年を考える 政教分離、法学教室416号、2015、35-40頁

2. 齋藤一久、平成25年東京都議会議員選挙無効訴訟、法学セミナー724号、2015、116頁

3. 齋藤一久、平成25年参議院議員選挙無効訴訟、法学セミナー721号、2015、110頁

4. 齋藤一久、生活保護法に基づく外国人の生存権保障、法学セミナー718号、2014、100頁

5. 齋藤一久、市議会議員政治倫理条例における2親等規制の合憲性、法学セミナー715号、2014、146頁

6. 齋藤一久、婚外子法定相続分差別違憲最高裁決定、季刊教育法181号、2014、114-119頁

7. 齋藤一久、出会い系サイト規制法の合憲性、法学セミナー712号、2014、128頁

8. 齋藤一久、平成24年衆議院議員選挙無効訴訟、法学セミナー709号、2014、118頁

9. 齋藤一久、子どもの権利条約20年の成果と課題「法律・裁判領域」、季刊教育法183号、2014、49-54頁

10. 齋藤一久、「人権条項なき憲法訴訟」としての国旗・国歌訴訟、日本教育法学会年報42号、2013、141-142頁

11. 齋藤一久、医薬品ネット販売と憲法22条1項/ケンコーコム事件、法学セミナー700号、2013、128頁

12. 齋藤一久、平成24年衆議院議員選挙無効訴訟、法学セミナー703号、2013、142頁

13. 齋藤一久、嫡出でない子の法定相続分を定める民法900条4号但書の合憲性、法学セミナー706号、査読なし、2013、108頁

14. 齋藤一久、国民健康保険と租税法律主義 旭川市国民健康保険条例事件、別冊ジュリスト・憲法判例百選 第6版、2013、432-433頁

〔学会発表〕(計1件)

1. 齋藤一久、「人権条項なき憲法訴訟」としての国旗・国歌訴訟、日本教育法学会、2012年5月28日、埼玉大学(埼玉県)

〔図書〕(計2件)

1. 齋藤一久、国民教育文化総合研究所道徳・人権教育研究委員会『これからの道徳教育・人権教育』アドバンテージサーバー、2014、

14-20 頁

2. 齋藤一久、日本教育法学会編『教育法の現代的争点』(法律文化社)、2014、332-335 頁

〔その他〕

ホームページ等

<http://www.u-gakugei.ac.jp/~kazus/kako.html>

6. 研究組織

(1)研究代表者

齋藤 一久 (SAITO KAZUHISA)

東京学芸大学・教育学部・准教授

研究者番号：50360201